

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA**

**CONTROVERSIAS SOBRE LA JURISDICCION DEL CENTRO INTERNACIONAL  
DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES EN REFERENCIA  
AL TERMINO “INVERSIÓN”**

**María Gabriela Jijón Chiriboga**

**Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del Título de Abogada**

**Quito  
Diciembre 2005**

**Universidad San Francisco de Quito  
Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACION DE TESIS**

**CONTROVERSIAS SOBRE LA JURISDICCION DEL CENTRO INTERNACIONAL  
DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES EN REFERENCIA  
AL TERMINO “INVERSIÓN”**

María Gabriela Jijón Chiriboga

Doctor Rodrigo Jijón

Director de Tesis

.....

Doctor Fabián Corral

Miembro del Comité de Tesis

.....

Doctor Alvaro Galindo

Miembro del Comité de Tesis

.....

Doctor Fabián Corral

Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, 12 enero de 2005

© **Derechos de autor**  
**María Gabriela Jijón Chiriboga**  
**2005**

**Agradezco al Dr. Rodrigo Jijón, Dr. Alberto Wray,  
Dr. Ernesto Albán Ricaurte, Dr. Alvaro Galindo,  
por su ayuda en el desarrollo de esta Tesina.**

## RESUMEN

La presente tesina aborda el tema controversial generado entre un Estado y un inversionista extranjero de otro Estado contratante dentro del marco del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). La disputa se suscita principalmente en torno a la asunción de competencia de los tribunales arbitrales de este Centro para conocer temas relacionados a inversiones al no estar conceptualizado el término “inversión” en el Convenio del CIADI.

Complementariamente se enfocará las razones que llevan a que se genere el conflicto dentro de la jurisdicción del CIADI presentada tanto desde la perspectiva de los Estados como de los inversionistas y la manera en que dichas partes han manejado el término “inversión” con el objetivo de forzar o evadir dicha jurisdicción arbitral.

De esta manera considerando que el arbitraje resulta ser un medio alternativo para la solución de conflictos fundamental en nuestro medio actual. Y en miras de ofrecer seguridad jurídica para el Estado ecuatoriano como para el inversionista privado dentro del arbitraje internacional, he considerado necesario establecer ciertos parámetros que permita dotarle al término “inversión” de un contenido objetivo para evitar futuras controversias en este ámbito legal.

## ABSTRACT

The present thesis relates to a controversial topic generated between a State and a foreign investor of another Contracting State within the Convention of the International Centre for Settlement of Investment Disputes known as "ICSID". The dispute rises principally from the assumption of the competition of the arbitral tribunals from this center in order to know themes related with investments because of the lack of a definition of the term "investment" within the ICSID Convention.

Complementarily it will focus on the reasons that explain why the conflict has been produced within the jurisdiction of the ICSID presented from the perspective of the States as well as from the investors and the way the parties have manipulated the term "investment" with the objective of forcing or evading the arbitral jurisdiction.

In this way considering arbitration is known as an alternative mechanism in order to resolve conflicts which are fundamental in our actual society. And with the objective of offering legal security for the Ecuadorian State as well as for the private investors within international arbitration, I have considered necessary the implementation of certain parameters that will give the term "investment" and objective enclosure in order to prevent future controversies on this legal scope.

## TABLA DE CONTENIDO

### Tabla de Contenido

INTRODUCCION.....	1
 CAPITULO I: Breve Introducción Arbitraje.....	 5
I.1- Concepto.....	5
I.2.- Características.....	7
I.3.- Naturaleza Jurídica.....	10
I.4.- Arbitraje Internacional.....	13
I.4.1- Práctica del Arbitraje Internacional en el Ecuador.....	15
 CAPITULO II: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	 18
II.1-Historia del CIADI.....	19
II.2- Características del Convenio del CIADI.....	21
II.3-Objetivos del Convenio CIADI.....	22
II.4.- Derecho Aplicable.....	24
II.4.1.-Tratados Bilaterales de Inversiones.....	26
 CAPITULO III: Jurisdicción del CIADI.....	 31
III.1.-Consentimiento de las Partes.....	32
III.2.-Jurisdicción en Razón de la Materia.....	34
III.3.-Jurisdicción en Razón de la Persona.....	37
III.3.1.- Mecanismo Complementario.....	42
 CAPITULO IV: Disputas sobre la jurisdicción del CIADI en relación al concepto de inversión....	 44
IV.1.- Razón de Ser de las Disputas.....	44
IV.1.1.- Perspectiva del Estado.....	46
IV.1.2.- Perspectiva del Inversionista.....	52
IV.2. Manejo del concepto de inversión por las partes con el objetivo de forzar o evadir la jurisdicción del CIADI.....	55
IV.2.1-Criterio Consensual.....	55
IV.2.2- Criterio Objetivo.....	57

IV.3. Análisis del concepto de inversión por parte de los tribunales del Centro.....	59
CAPITULO V: Aplicación de la Jurisdicción del CIADI dentro de un contexto	
socio-político ecuatoriano.....	64
V.1.-Sugerencia legislativa.....	67
V.1.2.- Lineamientos del término “inversión” en las leyes locales.....	68
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	77
ANEXOS.....	85
Anexo 1: Tratado de Arbitraje del CIADI.....	85
Anexo 2: Tratado de Arbitraje sobre Inversiones.....	86
Anexo 3: Controversia Solucionadas por Reglas de Arbitraje.....	86
Anexo 4: Estados Latinoamericanos Demandados Actualmente ante el CIADI.....	87
Anexo 5: Evolución del Número de TBI’s Suscritos a Nivel Mundial entre 1999 Y 2000.....	88
Anexo 6: TBI’s Suscritos por el Ecuador (Definición de Inversión.).....	88

Director de Tesis: Dr. Rodrigo Jijón Letort.



## INTRODUCCIÓN

En la situación socio-política en que vivimos, resulta desafiante buscar y analizar mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de los conflictos que se suscitan dentro de nuestro país. Ecuador se encuentra atrapado en una de las crisis más graves de la historia. Se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, desde su base constitucional; rige una justicia politizada y corrupta que no otorga las garantías básicas de independencia, eficacia y predictibilidad.

Resulta para mí un reto, al mismo tiempo una obligación, como ciudadana y más aún como estudiante de derecho, analizar nuevos medios para la solución de conflictos. Entre ellos, el arbitraje que en los últimos tiempos ha cobrado gran relevancia para los Estados, sobre todo como medio para promover inversiones extranjeras que sin lugar a dudas, es muy importante para las economías de los países en desarrollo como el Ecuador.

Debemos propiciar y promover los medios adecuados para el ingreso de capitales extranjeros bajo un marco legal predecible y transparente que ofrezca seguridad jurídica a dichas inversiones. Por ello he considerado importante realizar un estudio sobre la competencia de uno de los foros internacionales más recurridos en materia de arbitraje de inversiones como es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI.

La asunción de Competencia por parte de los tribunales del CIADI ha despertado gran interés en los últimos años, debido al incremento de inversiones extranjeras. Los Estados cada vez buscan celebrar tratados y convenios que facilitan la relación entre los mismos, estimulando un ambiente cálido para los inversionistas.

Debemos trabajar en mejorar el acceso a la justicia, permitiendo que la ciudadanía acceda a los mecanismos ágiles e imparciales de solución de conflictos. La existencia del CIADI en el mundo actual ofrece una alternativa real que sin afectar la soberanía de los Estados permite garantizar la efectividad de los Tratados Bilaterales sobre Inversiones, conocidos como TBI's.

Finalmente, confío que este estudio constituya una contribución para la formación de funcionarios públicos, abogados y la ciudadanía en general y para la doctrina ecuatoriana en materia de arbitraje internacional, que al momento en el Ecuador no ha sido mayormente explorada. Espero que esta investigación sirva de arranque para otras que puedan hacerse sobre este ámbito.

La problemática sobre la cual gira esta investigación trata sobre las disputas que nacen en torno a la jurisdicción del CIADI con relación al concepto de inversión.

En efecto, pese a que el Art. 25 del Convenio del CIADI recoge los requisitos para que este organismo asuma jurisdicción sobre los litigios, en ningún momento define los términos que se encuentran recogidos bajo esta normativa. Un claro ejemplo que se estudiará con detenimiento, es el término "inversión." Su falta de definición ha generado una serie de controversias basadas en argumentos contradictorios formulados por Estados e inversionistas extranjeros, acerca de las facultades del CIADI para conocer los casos.

Una de mis preocupaciones fundamentales en esta tesina ha sido, precisamente recalcar el hecho de que por más amplitud que las partes quieran dar al concepto de inversión dentro de los TBI's, no se puede, sin embargo, desnaturalizar este término. Es necesario, por ello delimitar el concepto "inversión" con parámetros adecuados.

Las nociones generales que se incluyen en el primer capítulo recogen el concepto de arbitraje expuesto por doctrinarios, como también distintas posiciones sostenidas respecto a la naturaleza jurídica de esta institución. En cuanto a las características que encierra este mecanismo de solución de disputas, es importante delinear las ventajas que tiene el arbitraje, pero al mismo tiempo establecer las deficiencias que acarrearán una cierta desconfianza frente a este sistema alternativo de arreglo de diferencias. Por último, en el primer capítulo se tratará sobre el arbitraje internacional y sus diferencias frente al arbitraje local, haciendo especial énfasis en la incidencia que el arbitraje ha tenido en el Ecuador y la normativa aplicable en este campo.

En el segundo capítulo se tratará de explicar en detalle que es y como funciona el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones. Pienso que es importante empezar con un recorrido de los orígenes de este Centro con el fin de entender sus objetivos primordiales. De la misma forma es necesario detenerse en la normativa del CIADI, como es el Convenio del CIADI y los TBI's para entender el marco legal sobre el cual se desenvuelve el Centro y la trascendencia que este tiene al momento de dilucidar su jurisdicción.

El tercer capítulo explora la jurisdicción del CIADI, reglada en el Art. 25 del Convenio. En este artículo se establecen tres requisitos básicos: el consentimiento de las partes; la jurisdicción en razón de la persona; y, por último, la jurisdicción en razón de la materia. Es a esta última, precisamente, a la que se ha dado un mayor estudio dentro del capítulo cuarto.

El capítulo cuarto se enfoca en el análisis de las disputas que se han suscitado sobre la jurisdicción del CIADI en relación al concepto de inversión. Se tratará de dilucidar el motivo por el cual se generan los conflictos sobre la jurisdicción, exponiendo tanto la perspectiva del Estado como la del inversionista. Complementariamente se hará un análisis de cómo los Estados y los

Inversionistas particulares han manejado el concepto de inversión con el objetivo de forzar o evadir la jurisdicción del Centro. Para terminar se expondrá el criterio de los tribunales del CIADI respecto al término “inversión” con el fin de recoger los criterios sostenidos en la jurisprudencia del Centro.

Finalmente, se ha destinado el último capítulo de este estudio a la aplicación y relevancia que tiene la jurisdicción del CIADI dentro del contexto socio-político del Ecuador, presentando una propuesta legislativa que permita dotar de un contenido objetivo al término “inversión” y así delinear las reglas de juego para acceder a la jurisdicción del Centro y evitar futuras controversias sobre este tema en particular.

El progreso del arbitraje internacional es evidente; sin embargo en el Ecuador todavía nos queda un largo camino por recorrer. Debemos estar conscientes que el arbitraje es más que un mecanismo adecuado para descongestionar el trabajo de los despachos judiciales internos. El arbitraje es un mecanismo que se adecúa a las exigencias de la globalización y de la comunidad internacional.

El éxito del arbitraje, por tanto, está ligado a la apertura que tengamos frente a los cambios y a nuestra preparación para poder asumir su desafío. El acceso a los mercados y el crecimiento del Ecuador, depende en gran parte del flujo de capital que exista dentro de nuestras fronteras, pero esto solo podrá darse si contamos con un ordenamiento jurídico fortalecido y eficiente que ofrezca seguridad jurídica y un ambiente propicio al crecimiento económico de la nación.

## CAPITULO I

### BREVE INTRODUCCION DEL ARBITRAJE

El crecimiento del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en las transacciones tanto nacionales como internacionales ha adquirido gran relevancia en los últimos tiempos. Es incuestionable que en un mundo globalizado, las transacciones comerciales son cada vez más frecuentes y a mayores escalas, trayendo consigo un aumento semejante de controversias y la necesidad imperante de establecer formas para solucionar estas disputas.

La clara tendencia a recurrir al arbitraje se debe en parte al margen de imparcialidad, eficacia, transparencia y confidencialidad sobre el cual se rige frente a las diversas interpretaciones y percepciones que las partes puedan tener respecto a una disputa que se quiera dirimir.

En el Ecuador el arbitraje internacional todavía se considera un tema inexplorado. Sin embargo existe una regulación interna que permite que las partes de común acuerdo sometan sus controversias a centros arbitrales internacionales. De la misma forma concurren los tratados bilaterales y multilaterales que reconocen y garantizan la ejecución de laudos arbitrales expedidos en el extranjero.

#### **I.1.- Concepto de Arbitraje**

Existen diversas concepciones doctrinarias respecto del arbitraje, destacando características comunes entre ellas. Sin embargo como menciona el tratadista ecuatoriano, Ernesto Salcedo

muchos autores consideran que el arbitraje no es una institución a la cual se le puede sujetar a un concepto definido y firme. <sup>1</sup>

El escritor Jorge Hernán Gil Echeverry define al arbitraje como:

Un procedimiento jurisdiccional “sui generis”, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. <sup>2</sup>

Fernando Reglero considera que el arbitraje es:

El medio alternativo más eficiente para eludir o paliar los graves inconvenientes de los que adolece la administración pública de justicia, inconvenientes que según dice, se basan principalmente en su lentitud, su excesiva onerosidad y la publicidad del proceso, frente a una mayor discreción del arbitraje, ya que se trata de una justicia privada.<sup>3</sup>

Patricio Aylwin Azócar caracterizó al arbitraje como:

Aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. <sup>4</sup>

Por último cabe mencionar a Monroy Cabra quien se refiere al arbitraje como:

El método de resolver extrajudicialmente las controversias que pueden ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas, los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función. <sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Salcedo Verdugo, Ernesto. El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Ecuador: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2001. pág. 19. Tomado de Ottolenghi, M.A. “Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral”. Revista de Derecho Procesal, núm. II, Buenos Aires, 1943. pág 155 y siguientes.

<sup>2</sup> Gil Echeverri, Jorge Hernán. Curso Práctico de Arbitraje. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1993.pág. 11

<sup>3</sup> Reglero Campos, Fernando. El Arbitraje. (El Convenio Arbitral y las Causas de Nulidad del Laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988). Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1991. Pág. 19

<sup>4</sup> Aylwin Azócar, Patricio. El juicio arbitral. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1958. pág.21. Tomado de: Monroy Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda Edición. Colombia: Editorial Legis, 1998. pág. 23.

<sup>5</sup> *Ibidem*. pág. 23

El Art. 191 de la Constitución Política del Ecuador<sup>6</sup> establece: "...Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley."

Del mismo modo el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador<sup>7</sup> estipula: "

El sistema arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción<sup>8</sup>, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Podemos concluir que el arbitraje se entiende como un procedimiento privado por el cual se somete de común acuerdo entre las partes una controversia, lo que permite que se desplace la potestad en un principio radicada en los órganos judiciales internos de los Estados, hacia terceros, constituidos en tribunales, que resuelven el litigio a través de laudos que tienen carácter de sentencia firme.

## **I.2.- Características del Arbitraje**

Entre las características del arbitraje, que explicaré a continuación, creo importante destacar las ventajas y desventajas que este sistema alternativo de solución de controversias presenta dentro del marco legal y práctico de una sociedad.

---

<sup>6</sup> Constitución Política del Ecuador publicada en el R.O. 1 del 11 de agosto de 1998.

<sup>7</sup> Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el R.O. 145 del 4 de septiembre de 1997.

<sup>8</sup> Si bien en un principio se tiende a asociar al arbitraje con la transacción, es importante recalcar que son figuras distintas. Como menciona el autor Ernesto Salcedo, la doctrina señala algunas diferencias fundamentales. El arbitraje se rige por un proceso legal donde un tercero soluciona el conflicto que concluye con un laudo que tiene carácter de sentencia firme que determina la parte a la que le corresponde el derecho. Mientras que la transacción consiste en un contrato celebrado de manera privada entre las partes, mediante el cual se hacen mutuas concesiones que renuncian a derechos que se encuentran en disputa, tratando de evitar un juicio. Sin embargo algo que encontramos igual entre el arbitraje y la transacción es que ambas tienen el alcance de cosa juzgada, lo cual se refiere a que no se puede alegar el asunto de nuevo sea por la vía judicial o arbitral a menos que sea para pedir la nulidad del mismo o para rescisión del contrato de transacción. (Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 18 y 19)

El arbitraje se caracteriza por los siguientes elementos:

a.- Es consensual ya que tiene sus orígenes en un acuerdo pactado entre las partes mediante el cual deciden renunciar de común acuerdo a los órganos judiciales internos de los países, y someter sus conflictos a tribunales arbitrales;

b.- Sin embargo se trata de un verdadero proceso, y es ahí en donde se diferencia de las transacciones, sometiéndose así a la decisión que adopte un tercero, por lo que se le considera un proceso heterocompositivo;

c.- Puede de la misma manera ser ad hoc, donde la conformación del tribunal es realizada por las propias partes; o institucional, en donde se someten a un centro arbitral;

d.- El arbitraje es un mecanismo privado;<sup>9</sup>

e.- Es un proceso neutral en el que las partes logran escoger árbitros de la nacionalidad que ellos consideren apropiada, así como el idioma, el derecho aplicable y el lugar, elementos que les permiten dar seguridad de que ninguna de las partes goza de ventajas frente a la otra, lo que si se derivaría si se presentara frente a jueces nacionales;<sup>10</sup>

f.- Puede ser un proceso confidencial si las partes de común acuerdo pactan de esta forma, tratando de mantener bajo estricta reserva el proceso, permitiendo que el nombre de las partes no se vea manchado por el hecho sujeto de litigio;

---

<sup>9</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Op.Cit. pág. 27

<sup>10</sup><http://arbiter.wipo.int/arbitration/index-es.html>. (Traducción no Oficial).



g.- Por último, el arbitraje garantiza un laudo firme y ejecutable que solo puede ser revisado en determinados casos.

De esta forma la doctrina sostiene que el arbitraje conlleva ventajas como la celeridad, la economía y la eficacia que permiten que el proceso se resuelva en un tiempo más corto, que resulta menos oneroso para las partes en cuanto a gastos y costos procesales, expidiendo laudos que tengan los mismos efectos que una sentencia firme. Del mismo modo permite una mejor especialización de los árbitros al dejar que las propias partes escojan jueces conocedores del tema objeto de controversia. Existe una mayor intermediación entre las partes y el juez, lo que en la mayoría de las veces aporta para que se pueda establecer la verdad.<sup>11</sup> La informalidad también es otro de los puntos fuertes dentro del arbitraje, que conduce a una mayor flexibilidad y funcionalidad, como comenta el autor Gil Echeverri.

Sin embargo es primordial mencionar algunas deficiencias que se han registrado a lo largo de la historia del arbitraje. Solo así podremos seguir mejorando esta institución e implementando dispositivos y correctivos para hacer de este sistema un mecanismo más eficiente y transparente.

Existe una cierta desconfianza frente al arbitraje principalmente por ser un sistema relativamente nuevo comparado con el sistema judicial interno de los Estados, persistiendo todavía mucho desconocimiento e inseguridad respecto del mismo. No obstante respecto a este último punto, se ha dado paso a una mayor apertura a resolver los problemas a través del arbitraje debido a que se ha constatado en la mayoría de casos, la eficacia y la rectitud sobre la cual este se

---

<sup>11</sup> "Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, lo que redundará a favor de la lealtad procesal; por otra parte, los árbitros disponen de ánimo y tiempo suficientes para realizar una valoración probatoria minuciosa y acertada, situación ésta que por causas variadas difiere de la justicia ordinaria" (Gil Echeverry, Jorge Hernán. Op. Cit. pág 14)

sustenta. Así este sistema ha ido ocupando un puesto importante dentro de la administración de justicia en los Estados.

### **I.3.- Naturaleza Jurídica**

Existen básicamente dos tesis respecto de la naturaleza del arbitraje: la contractual y la jurisdiccional, sin embargo concurren muchos autores en sostener que hay una tercera tesis conocida como la mixta o ecléctica, que ha generado las pautas de una cuarta teoría llamada autónoma con la cual comparto plenamente por las razones que presentaré a continuación.

#### 1.- La primera tesis es conocida como la Doctrina Contractual

Algunos autores entre ellos Robert, Merlin, Branchet y Davis<sup>12</sup>, consideran que el arbitraje consiste en un acuerdo privado entre las partes de someter el conflicto frente a un tercero independiente, que no administra justicia en nombre del Estado sino por la voluntad que le han concedido las partes. Así piensan que el acuerdo no será propiamente una sentencia sino la ejecución de un mandato que surge de una obligación. Como sostiene Serra Domínguez: “parten principalmente estas teorías del momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso”.<sup>13</sup>

#### 2.- Por otro lado existe la Tesis Jurisdiccional

---

<sup>12</sup> Robert, Jean. “Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne.” París, 1937, núm4; Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit. París, 4 edic. t, 1, Arbitros, XLV,art.11; Branchet. L'exécution internationale des sentences arbitrales. Citado de Robert. Op. Cit, núm 192; Davis, R. L'arbitrage dans le commerce international. París, Económica, 1982. Tomado de: Monroy Cabra. Op. Cit. pág. 35

<sup>13</sup> Serra Domínguez, M. “Naturaleza jurídica del arbitraje”. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, 1969, pág. 573. Tomado de Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 54.

Autores como Laurent, Glasson, Morel, Fedozzi<sup>14</sup>, entre otros discurren que el arbitraje tiene índole procesal, adquiriendo una naturaleza jurisdiccional. Consideran que si bien el arbitraje inicia como un compromiso entre las partes, el juez desempeña su función de manera independiente y autónoma, alcanzando sus laudos el efecto de una sentencia firme. Esta corriente es llamada también publicista<sup>15</sup>, ya que dice que la naturaleza de los árbitros no es otra que la de la función pública que desempeñan a través de sus actuaciones.

Es decir los árbitros adquieren el carácter de jueces no porque las partes lo hayan decidido, sino porque la ley les otorga esa potestad. Gimeno Sendra explica: “la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad...”<sup>16</sup>

### 3.- Tesis Mixta

Tratadistas como Chillón Medina y Merino Merchán<sup>17</sup> sostienen que el arbitraje es una institución mixta por su origen contractualista, sin embargo por sus efectos es jurisdiccional.

Se coloca en una posición intermedia entre los contractualistas y los procesalistas, reprocha a los primeros, por no tener en cuenta que es la ley la que otorga al laudo el valor, los efectos y la ejecutabilidad de una sentencia, que en muchos países las partes no tienen la libertad para escoger el procedimiento...; y a los segundos, por haber olvidado que sin el acuerdo arbitral no

---

<sup>14</sup> Robert, Jean. “Arbitraje Civil et comercial.” París, 1967. pág. 12. Tomado de Monroy Cabra. Op. Cit. pág.35.

<sup>15</sup> Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 58.pág 660. Tomado de Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 58.

<sup>16</sup>Gimeno, Sendra V. Derecho Procesal. Tomo I, Vol. I y II, 5ta Edición. Coaut: Almagro Noret Cortés Domínguez, Moreno Catena. Valencia, 1990.

<sup>17</sup> Chillón Medina y Merino Merchán. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Segunda Edición. Madrid, 1991. pág 117 y siguientes. Tomado de Salcedo Verduga, Ernesto. Op Cit. pág. 59

puede darse el arbitraje voluntario, pues es el querer de las partes el que permite la solución arbitral para definir una controversia. Así, pues, el arbitraje participa de una y otra teoría.<sup>18</sup>

#### 4.- Opinión Personal

Una vez revisadas las diferentes posiciones adoptadas por los tratadistas, considero que si bien el arbitraje reúne muchas de las características antes descritas, este mecanismo se encuentra mejor definido por una corriente independiente que se nutre de elementos únicos y peculiares que le dan una naturaleza jurídica autónoma y compleja.

Así, apoyándonos en las bases de la doctrina mixta, pero desarrollando un concepto más completo y perfilando un ámbito propio, considero que si bien el arbitraje nace de un contrato privado realizado por las partes y de la misma forma adquiere el elemento procesal ya que gracias a la ley el árbitro actúa como juez y dicta un laudo, no podemos olvidar que la figura del arbitraje tiene elementos que trascienden tanto lo contractual como lo jurisdiccional.

Para empezar, el arbitraje tiene las características de privacidad, que le distinguen del proceso que es por esencia público. Por otro lado tampoco podemos decir que es simplemente un acuerdo entre las partes, debido a que el arbitraje se distingue por estar amparado por la ley y por tanto privilegiarse de los efectos que esta le resguarda para su ejecutabilidad. Resumiendo, podemos afirmar que el arbitraje aparece gracias a un contrato celebrado entre las partes, pero que adquiere características peculiares, en donde su efecto principal es la atribución de jurisdicción a terceros imparciales para poder dictar laudos con carácter de sentencia firme que permite dirimir el conflicto suscitado.

---

<sup>18</sup> Benetti Salgar, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Bogotá; Editorial Temis, 1994.pág.12 Tomado de

## I.4.- Arbitraje Internacional

Antes de entrar a hablar del arbitraje internacional es importante dilucidar cuando el arbitraje adquiere el carácter internacional. Así Caivano Roque nos explica que:

En términos generales, puede decirse que el arbitraje es internacional cuando excede el marco de un Estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieron sus establecimientos o residencias habituales en Estados diferentes, sea que la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excede los límites de un Estado.<sup>19</sup>

El Art. 1, numeral 3 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL<sup>20</sup> define al arbitraje internacional cuando:

- a) las partes en un acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
  - I.- el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
  - II.- el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.<sup>21</sup>

En el arbitraje internacional la complejidad es mucho mayor que el arbitraje local. Fundamentalmente se debe a que en el primero se debe recurrir al derecho internacional privado con el fin de seleccionar algunos de los elementos fundamentales del arbitraje: ley aplicable, idioma del arbitraje, procedimiento a seguirse, ejecución del laudo y la invalidez o nulidad del acuerdo arbitral. De igual forma como menciona Caivano, se deberá aplicar la legislación interna

---

Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 60.

<sup>19</sup> Caivano, Roque J. Arbitraje. Buenos Aires: Ad- Hoc, 2000.pág. 313.

<sup>20</sup> The United Nations Commission on International Trade Law

<sup>21</sup> Aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985)

cuando así lo dictamine el derecho internacional privado propio de cada país, en un arbitraje que reúna las características de extraterritorial.<sup>22</sup>

Muchos deben preguntarse la razón de la importancia del arbitraje internacional en los últimos tiempos, y la respuesta gira básicamente en torno al surgimiento y crecimiento de las relaciones tanto económicas como comerciales generadas en los últimos años que han abierto y expandido una gran gama dentro del mercado internacional. Conceptos como soberanía, territorialidad, nación, poder estatal han sido suplantados, o al menos redefinidos, por términos como globalización, liberalización, amplitudes de mercado, mundo sin fronteras.

Como consecuencia de ello, encontramos un fortalecimiento en la dependencia entre Estados principalmente dentro del campo del comercio internacional. Nos hemos visto presionados a crear un sistema completamente nuevo para poder solventar las controversias que se suscitan dentro de estas relaciones económicas comerciales que superan o tienen elementos que van mas allá de las fronteras.

El autor Farina sostiene que:

...la inexistencia de un tribunal internacional que brinde la posibilidad de someter a su jurisdicción los conflictos derivados del tráfico mercantil internacional, es una de las principales causas por las que quienes comercian mas allá de sus fronteras hayan optado desde antiguo por la utilización del sistema arbitral para dirimir sus litigios.<sup>23</sup>

Al momento de situarnos frente a una controversia generada por dos sujetos pertenecientes a Estados distintos, de una u otra forma nos encontramos frente a una dificultad. Por un lado podría generarse al momento de producirse el problema, donde ninguna de las dos partes querría someterse a los tribunales internos del otro por considerarse ajeno a su propia

---

<sup>22</sup> Caivano, Roque J. Op. Cit. pág. 313 y 314.

jurisdicción y sentirse en una posición de desigualdad. O, por otro lado, podría forjarse la complicación al momento de ejecutar el fallo que eventualmente se rechazare por falta de jurisdicción del tribunal extranjero, al vulnerar el orden público, o por considerarse que no ha seguido el lineamiento de las garantías del debido proceso.<sup>24</sup>

Bajo este cuadro conflictivo generado en varias ocasiones dentro del marco de las relaciones comerciales, el arbitraje internacional presenta la vía adecuada para encaminar los problemas del día a día que surgen del comercio internacional buscando entre otras cosas la simplicidad, transparencia, agilidad, eficacia, privacidad.

Para terminar me gustaría citar a Jaime Malamud quien dijo:

... la creciente competencia en los mercados mundiales y la intervención cada vez más activa de los gobiernos en las transacciones mercantiles internacionales exigen intensificar el uso de esta forma de entendimiento, capaz de ventilar, cordialmente, los agravios que se producen en la vida de los negocios. El arbitraje es un medio que acerca a los empresarios de distintos orígenes, lenguas, costumbres y recursos. El es en sí mismo un símbolo de la buena voluntad que debe reinar entre los contratantes.<sup>25</sup>

### **I.4.1.- Práctica del Arbitraje Internacional en el Ecuador**

El Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador establece:

...sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a.- Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- b.- Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

---

<sup>23</sup> Farina, Juan M. "El arbitraje en el comercio internacional." Zeus, 5/2/90. Tomado de Caivano Roque J. Op Cit. pág. 315.

<sup>24</sup> Caivano, Roque, J Op. Cit. pág. 315 y siguientes.

<sup>25</sup> Malamud, Jaime. "Discurso de apertura de la VII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial." Buenos Aires, 1979. Tomado de Caivano, Roque J. Op. Cit. pág. 318 y 319.

c.- Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses Nacionales o de la colectividad.<sup>26</sup>

El arbitraje internacional al igual que el nacional se encuentra reconocido por el Art. 191 de la Constitución Política del Ecuador, y normado por la Ley de Arbitraje y Mediación. Del mismo modo el Art. 42 del presente cuerpo legal regula el arbitraje a través de los tratados y convenios bilaterales y multilaterales suscritos por el Ecuador.

Así en el ámbito internacional se consideran las convenciones más importante suscritas por el Ecuador: La Convención sobre Derecho Internacional Privado de la Habana de 1928 conocido como “Código Sánchez de Bustamante”<sup>27</sup>; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros en 1979 conocida como “La Convención de Montevideo”<sup>28</sup>; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 conocida como “Convención de Nueva York”<sup>29</sup>; por último la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 conocida como “Convención de Panamá.”<sup>30</sup>

Estas últimas dos Convenciones, guardan gran semejanza ya que velan por el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y obligan a las cortes internas a reconocer y ejecutar los mismos. Sin embargo es importante aclarar que existen dos diferencias claras entre estos instrumentos. Por un lado la Convención de Panamá establece que en caso de no existir acuerdo entre las partes sobre las reglas del proceso regirá las reglas del procedimiento de la

---

<sup>26</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. R. O. N° 145 de 4 de septiembre de 1997. Reforma en el Art. 41, inciso c) publicada en el R.O. 532 del 25 de febrero de 2005.

<sup>27</sup> R.O. S-1202 de 20 de agosto de 1960.

<sup>28</sup> R.O. 240 de 11 de mayo de 1982.

<sup>29</sup> R.O. 43 de 29 de diciembre de 1961. El Ecuador al momento de ratificar ésta Convención, se acogió a las reservas del Art. 1, numeral 3 en el que se establece que el Ecuador aplicará únicamente esta Convención a laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante y específicamente cuando se refiera a cuestiones comerciales en base a la ley ecuatoriana y a la reciprocidad.

<sup>30</sup> R.O. 875 de 14 de febrero de 1992.



Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional (CIAC). Por otro lado esta última Convención no hace distinción alguna entre los laudos extranjeros y los domésticos, lo que sí se enfatiza en la Convención de Nueva York.<sup>31</sup>

Si bien la ley no limita los centros arbitrales internacionales, la experiencia enseña que las controversias internacionales que se generan dentro del arbitraje institucional, normalmente se manejan a través de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Guayaquil, Quito y Cuenca, principalmente; así como ante la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), el Centro Internacional de Arbitraje de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) del cual Ecuador pasó a formar parte en 1986, como también deberá respetar la institución que se acuerde en caso de controversias dentro de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI's).<sup>32</sup>

En cuanto a los Reglamentos y leyes aplicables, Ecuador ha incorporado a su legislación, entre otras, las siguientes normas vinculadas con el desarrollo del arbitraje internacional: el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)<sup>33</sup>; el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París (CCI); el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, y las Reglas de Arbitraje del CIADI, indistintamente, siempre que exista un acuerdo previo entre las partes.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Andrade Cadena, Xavier. "Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana." Ejemplar proveído en el: Seminario de El Desarrollo del Arbitraje Internacional en el Ecuador y América Latina: Un Repaso. Quito: 9 de septiembre de 2005. pág. 13.

<sup>32</sup> Salcedo Verduga, Ernesto. Op. cit. pág. 189-190.

<sup>33</sup> La Convención de Arbitraje de Panamá de 1975 (R.O. 875 de 14 de febrero de 1992) en su Art. 3 establece que en caso de ausencia de acuerdo expreso entre las partes, se permite adaptarse a las reglas del CIAC siempre que los Estados hayan suscrito y ratificado dicho Convenio. Tomado de Salcedo Verduga, Ernesto. Op.Cit. pág. 190.

<sup>34</sup> Salcedo Verduga, Ernesto. Op. Cit. pág. 190.

## CAPITULO II

### CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones, conocido como CIADI o por sus siglas en inglés como ICSID, fue creado con el propósito de facilitar la solución de controversias en materia de inversiones entre un Estado y un inversionista de otro Estado Contratante por medio de procedimientos de arbitraje y conciliación.<sup>35</sup> El CIADI fue creado como una herramienta legítima para atraer capital internacional, ofreciendo al inversionista un foro imparcial alejado de las manipulaciones políticas, para el arreglo de disputas que se puedan generar entre un Estado y un inversionista.

El CIADI resulta beneficioso para el inversionista si consideramos que de esta forma se asegura que una vez que el Estado se ha sometido al arbitraje, éste no podrá retractarse considerando que resulta perjudicial para su política de atracción de inversiones, pero al mismo tiempo es positivo para el Estado ya que al ofrecer un clima de confianza para los inversionistas y asegurar imparcialidad al momento de dictar el laudo, incrementa el ingreso de inversiones extranjeras a sus fronteras y evita que el país al cual pertenece el inversionista pueda ejercer protección diplomática<sup>36</sup> o someta sus controversias a tribunales de otros Estados miembros.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup>Frutos- Peterson, Claudia. Seminario-Taller "Arbitraje e Inversiones: Cómo Elegir un Sistema Internacional de Resolución y Disputas: "El CIADI y los Tratados Bilaterales de Inversiones." Panamá: Mayo 28-30. Tomado de: Moscardó, Morales Vara de Rey, Miguel. "Ejecución de Laudos Extranjeros y Recursos contra los Laudos. Convención de Nueva York. Análisis de la Nueva Ley de Arbitraje Español." Tomado de Seminario de Arbitraje de Comercio Internacional Quito, Ecuador: 11 de marzo de 2005.pág. 58.

<sup>36</sup> Art. 27, numeral 1 del Convenio del CIADI.

## II.1.- Historia del CIADI

El CIADI nace como una propuesta planteada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y se consolida a través del Convenio de Washington en 1965, el cual se conoce como: “*El Convenio en Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.*”, o en inglés como: “*ICSID CONVENTION*”, y entra en vigor el 14 de octubre de 1966. Su sede se encuentra en Washington D.C.<sup>38</sup>

Su creación tuvo el propósito de establecer un ámbito adecuado para la solución de conflictos dentro de un marco en el que se tenga como objetivo garantizar las necesidades de las partes en conflicto, así como la imparcialidad entre sus intereses. Tratando, como lo establece el autor Ymaz Videla: “de despolitizar el arreglo de las diferencias en materia de inversiones.”<sup>39</sup> El éxito y acogida del sistema por parte de los países fue bastante rápido, ya que para 1984 un total de 90 Estados habían firmado el Convenio, y de ellos, 87 se había convertido en Estados contratantes al depositar instrumentos de ratificación.<sup>40</sup> Dos años después Ecuador ratificó el Convenio del CIADI.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. “Condiciones para acceder al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).” Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de marzo de 2004.

<sup>37</sup> Tawil, Guido Santiago. “Conferencia: El Arbitraje entre Inversores y los Estados. Tratados Bilaterales: Principales Características y Cuestiones Actuales”. Quito, Ecuador: Seminario Arbitraje Comercial Internacional. 11 de marzo de 2005. pág. 76.

<sup>38</sup> Ymaz Videla, Esteban. Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, sus efectos en las contrataciones administrativas. Argentina: La Ley, 1997. pág. 63

<sup>39</sup> Tomado de Redfern, Alan, and Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Third Edition. London: Sweet & Maxwell, 1999. pág. 34 y ss (Traducción no Oficial).

<sup>40</sup> Ecuador ratificó el Convenio del CIADI en 1986. Tomado de Cantuarias Salaverry, Fernando. “Condiciones para Acceder al Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Publicado en Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de Marzo de 2004.

El CIADI cuenta con personalidad jurídica de carácter internacional<sup>42</sup>, otorgando a las personas que desean participar como árbitros o como conciliadores, inmunidad respecto a los actos que realizan en ejercicio de sus funciones, excepto si el propio CIADI les quita esta inmunidad.<sup>43</sup> Del mismo modo el CIADI tiene plena independencia frente a los órganos judiciales regulares, independencia que se encuentra reflejada en la obligación que tiene cada Estado contratante de registrar directamente y sin necesidad de un proceso de reconocimiento nacional (tipo exequátur), los laudos que expiden los Tribunales Arbitrales del CIADI, los que deben ser ejecutados con plena eficacia, sin posibilidad de ser revisados por la ley interna de los Estados.<sup>44</sup>

Es interesante observar<sup>45</sup> que en los últimos años el número de casos provenientes de tratados de inversiones presentados ante el CIADI han incrementado notoriamente de 3 casos presentados hasta el año 1994 a 106 casos hasta noviembre de 2004.<sup>46</sup> Es curioso ver que en el informe anual del secretario general de ese entonces, Antonio Parra, solo en el año 2004 se han presentado 30 casos nuevos, lo cual muestra un incremento del 15% respecto a los casos registrados el año anterior. De igual forma se pudo verificar hasta junio de 2004, 159 casos en total ante el CIADI, provenientes no solo de Tratados Bilaterales de Inversiones, tratados plurilaterales o tratados regionales, sino también de legislaciones internas o cláusulas de inversiones dentro de los contratos. Es importante recalcar que el número de Miembros también incrementó en el 2004 a 140 Estados Contratantes.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Art. 18 del Convenio del CIADI: "El centro tendrá plena personalidad jurídica internacional y capacidad legal del Centro para, entre otras funciones: contratar, adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos, y comparecer en juicio."

<sup>42</sup> Capítulo VII del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI

<sup>43</sup> Art. 54, numeral 1 del Convenio del CIADI.

<sup>44</sup> Ver ANEXO # 1

<sup>45</sup> Sauvart, K and Weber, J. Occasional Note: "International Investment Dispute on the Rise." 29 November 2004, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, pág.6 (Traducción no Oficial).

<sup>46</sup> Informe Anual del CIADI del 1 de julio de 2002 al 30 de junio 2003 del Secretario General, Antonio R. Parra. Informe Anual del 1 de julio de 2003 a 30 de junio del 2004. del Secretario General, Roberto Dañino. Tomado de: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998arr/2004>. (Traducción no Oficial).

Adicionalmente existen 54 casos presentados fuera de la jurisdicción del CIADI.<sup>48</sup> Asombrosamente el número total de casos provenientes de tratados bilaterales, regionales o plurilaterales que contienen cláusulas de inversión o acuerdos internacionales de inversión eran para noviembre 2004, 160 casos.<sup>49</sup> El incremento de demandas presentadas en base a tratados de inversiones, se dio a partir del año 2001, entre otros motivos, debido a la crisis financiera de Argentina, en donde para el 2003, 20 compañías trasnacionales presentaron demandas frente a las violaciones a las garantías de inversiones recogidas en los tratados, y para noviembre del 2004, 8 casos fueron presentados ante el CIADI contra el gobierno Argentino.<sup>50</sup>

El acrecentamiento de los casos presentados ante el CIADI y el aumento de Estados Miembros nos da indicios de la gran acogida e importancia que ha adquirido el CIADI en los últimos años por los Estados, debido entre otras cosas a la eficacia y celeridad que brinda este sistema de solución de conflictos.

## **II.2.- Características del Convenio del CIADI**

Entre las particularidades más sobresalientes del Convenio podemos señalar las siguientes:

- 1.- La autonomía de las partes para solucionar los conflictos relativos a disputas que surjan de inversiones;
- 2.- La competencia del Centro en base al consentimiento de las partes que debe constar por escrito;
- 3.- Los Estados, con la oportunidad del caso como veremos mas adelante, pueden delimitar y notificar al Centro que conflictos se someten a su jurisdicción;

---

<sup>48</sup> Ver ANEXO # 2

<sup>49</sup> Ver ANEXO # 3

- 4.- El tribunal arbitral decide sobre su propia competencia, lo que se conoce en el arbitraje internacional como el principio Kompetenz- Kompetenz;
- 5.- La ley aplicable al arbitraje es aquella seleccionada por las partes, y en caso de no decidir al respecto rige la ley del Estado parte del acuerdo y el derecho internacional;
- 6.- El laudo debe ser motivado, de lo contrario es nulo;
- 7.- El laudo que se dicte tiene carácter de sentencia la que no es revisable salvo a través de los recursos previstos en el mismo Convenio (aclaración, revisión y anulación del laudo)<sup>51</sup>

### II.3.- Objetivos del Convenio

Si bien resolver las diferencias relativas a inversiones es la función principal del Convenio del CIADI, existen muchos otros objetivos que vale la pena mencionar. Así podemos reiterar el interés por promover la cooperación internacional en un ámbito de desarrollo económico.<sup>52</sup> Se trata de crear un espacio de confianza que permita dar cabida al incremento de recursos e inversiones dentro de un país en desarrollo, en condiciones equitativas y eficientes. Según el Secretario General del CIADI: “Sus características principales son su carácter voluntario, su flexibilidad y su eficacia.”<sup>53</sup>

El autor Shihata menciona la importancia de la creación del Convenio, como instrumento que permite combatir las preocupaciones que generó el nacimiento de la Doctrina Calvo.<sup>54</sup> Antes de

---

<sup>50</sup> Informe Anual del CIADI del 1 de julio de 2002 al 30 de junio 2003 del Secretario General, Antonio R. Parra. Informe Anual del 1 de julio de 2003 a 30 de junio del 2004. del Secretario General, Roberto Dañino. Tomado de: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998arr/2004>. pág 1-2. (Traducción no Oficial).

<sup>50</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda Edición. Colombia: Legis Editores S.A., 1998. pág. 150/151.

<sup>51</sup> *Ibidem*. pág. 34 y ss

<sup>52</sup> Shihata, Ibrahim, F.I. “Applicable Substantive Law in Dispute Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention.” ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, Vol.9 No. 2, Fall 1994, pág. 183. Tomado de: Ymaz Videla. Op.Cit. pág. 63.

<sup>53</sup> Art. 14 de la Constitución Política del Ecuador: “Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda la reclamación diplomática. Si tales

que surgiera esta doctrina, el autor Ymaz menciona que las diferencias relativas a inversiones se encontraban claramente politizadas y manipuladas bajo el resguardo diplomático, incluso apoyado por la fuerza. El Estado que estaba en desacuerdo con el tratamiento que otro Estado daba a sus inversiones o a sus inversionistas recurría a la fuerza diplomática, o incluso bélica, para imponer su punto de vista. Considerándose esto una desventaja para los países en desarrollo que se veían afectados por esta clase de protecciones y las constantes intervenciones de la fuerza militar extranjera.

Así, los Estados de América Latina, crearon doctrinas de protección nacionalistas entre las cuales se encuentra la famosa Doctrina Calvo. Esta doctrina impuso que las controversias que surgieran entre el Estado que recibe la inversión y los inversionistas, se sometan a los tribunales judiciales del país receptor de la inversión, obligando al extranjero a renunciar a cualquier otro mecanismo, sea este diplomático, político, o internacional para solucionar tal conflicto.<sup>55</sup> La aplicación de esta doctrina implicó, normalmente, un tratamiento discriminatorio por parte de los Tribunales locales contra el inversionista extranjero.

Sin embargo, los principios sobre los que se fundamentó la Doctrina Calvo, con el paso del tiempo y las experiencias de su aplicación, han sido moldeados de manera eficiente, incorporándose a las exigencias del mundo actual como son la cooperación económica internacional, y la necesidad de inversión extranjera, siempre respetando la soberanía propia de cada Estado que tiene la facultad final de decidir si admite o no a dicha inversión extranjera y en que condiciones lo hace.

---

contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.”

<sup>55</sup> Shihata, Ibrahim. Op. Cit. pág 1 y 2. Tomado de Ymaz, Videla. Op. Cit. pág. 11-12.

Así el Art. 26 literal a) del Convenio del CIADI contempla la posibilidad de que un Estado receptor exija que antes de llevar un conflicto al CIADI y como requisito previo se agoten los mecanismos internos de solución de conflictos. Y el literal b) establece que la ley aplicable al caso será la que escojan las partes, la fijada por los convenios bilaterales, y a falta de ellos el derecho del Estado receptor. El Art. 27 del presente cuerpo legal suspende el derecho a la protección diplomática desde el momento en que el Estado receptor y el nacional han acordado la jurisdicción. El profesor Shihata dice: "Por ello se afirma, que el convenio del CIADI respeta ampliamente la doctrina Calvo."<sup>56</sup>

## **II.4.- Derecho Aplicable**

Uno de los temas más importantes en el arbitraje internacional es el de establecer cual es el derecho aplicable a una determinada controversia, es decir determinar qué normas de derecho sustantivo va a aplicar un tribunal para resolver la controversia.

El principio generalmente aplicado en el arbitraje internacional es el de la autonomía de la voluntad que consiste en aplicar la normativa que las partes hayan acordado someterse. Dicho principio está recogido en el Art. 42, numeral 1 del Convenio del CIADI que establece que:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.<sup>57</sup>

El arbitraje del CIADI tiene una particularidad importante por provenir de un Convenio y porque, normalmente, las controversias surgen por violaciones o supuestas violaciones de los países a las obligaciones asumidas en los Tratados Bilaterales de Inversiones. De tal suerte que para

---

<sup>55</sup> Ibíd. Pág. 63.

<sup>56</sup> Convenio del CIADI



determinar, en cada caso, cual es el derecho seleccionado por las partes, hay que recurrir a los TBI'S. Este punto merece una atención especial, razón por la cual se destinará mas adelante un estudio detallado sobre el tema.

Por otro lado en cuanto al derecho internacional, como tal, relacionado con el CIADI se hace referencia a los tratados internacionales y a los principios de justicia o derecho internacional que se entiende rigen de manera universal, tales como el principio de buena fe tanto para el cumplimiento voluntario de los acuerdos libremente convenidos, como para las obligaciones que surjan de ellos. Como menciona el autor Ymaz Videla:

El recurso al derecho internacional es fundamental para los supuestos en que la inversión tenga la forma de un contrato con el Estado, pues permite evitar cualquier desequilibrio entre los intereses del inversor y del Estado receptor que pudiera existir con la aplicación exclusiva del derecho nacional de éste.<sup>58</sup>

Es importante tomar en cuenta, como señala Ymaz, que la jurisprudencia del CIADI reiteradamente a hecho hincapié en la importancia que cobra el derecho internacional a la hora de existir una laguna en el derecho nacional del Estado receptor o en el caso de existir una controversia entre estas dos fuentes. Tanto, que si bien el derecho del Estado huésped debe ser aplicado en caso de controversia, es el derecho internacional el que prevalece en caso de existir un punto de discrepancia entre estos. "Funciona en forma "complementaria" y "correctiva", es "regulador" y "controlador" del derecho nacional."<sup>59</sup>. Con frecuencia la jurisprudencia internacional considera que el orden público internacional y consecuentemente los grandes principios del derecho internacional prevalecen sobre el orden público nacional y las normas sustantivas de los Estados.

---

<sup>57</sup> Ymaz Videla, Esteban. Op. Cit. pág. 72.

<sup>58</sup> Casos "Klöckner v. Cameroon", "Amco v. Indonesia", "SPP v. Egypt", "LETCO v Liberia". Citados en Shihata y Parra. "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention". ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 9, No. 2, Fall 1994. pág. 183. Tomado de *Ibidem*. pág. 72. (Traducción no Oficial).

Como bien puede considerarse, normalmente existe sinergia entre el derecho nacional y el internacional, pese a que han existido casos en que el derecho nacional ha violado el derecho internacional respecto a compensaciones por incumplimientos contractuales, o expropiaciones sin compensaciones. Tal hecho aparece en la mayor parte de casos registrados dentro del CIADI donde se ha podido evidenciar que el derecho nacional de los Estados respeta el derecho internacional.<sup>60</sup>

#### **II.4.1.- Tratados Bilaterales de Inversiones**

Trasladándonos a las normas acordadas por las partes, éstas en la mayoría de casos se encuentran contempladas como Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI's) o por sus siglas en inglés como BIT's (Bilateral Investment Treaties).

Estos tratados tienen como objetivo otorgar un tratamiento no discriminatorio a las inversiones extranjeras y seguridad jurídica a los inversionistas, impidiendo que la protección de las inversiones pueda ser arbitrariamente retirada por un Estado de manera unilateral y evitando que la única alternativa posible de solventar un trato injusto, se encuentre en manos de los tribunales internos del mismo. En los últimos años se ha dado un incremento gradual en la suscripción de los TBI's por parte de los Estados, que afirma la importancia que estos tienen dentro de un contexto actual internacional.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Casos "LETCO v. Liberia", "Soabi v. Senegal", "Adriano Gardella v. Côte d'Ivoire", primer tribunal de "Klökner v. Cameroon" citados por Shihata y Parra. Op. Cit. pág 205/206. Tomado de *Ibidem*, pág. 73. (Traducción no Oficial).

<sup>60</sup> Ver ANEXO # 5.

Entre las cláusulas de compromiso mínimas que otorgan los TBI's, autores como Javier Illescas o José Luis Siqueiros<sup>62</sup> resumen las siguientes:

1.- Admisión y promoción por cada uno de los Estados Partes de la inversión procedente del otro Estado.

Así el Estado huésped mantendrá informado a los inversionistas y concederá la autorización para las diversas oportunidades de inversiones que pudieran surgir dentro de su territorio.

2.- Tratamiento justo y equitativo y la protección de las inversiones procedentes de otro Estado.

Este punto trata de hacer efectivos dos principios del derecho comercial internacional. Por un lado tenemos el *Principio de no discriminación frente al nacional*, en el cual se establece que debe existir a favor del extranjero un trato no menos favorable que el que se otorga a sus propios nacionales.

3.- Prohibición de toda medida de expropiación por el Estado huésped de las inversiones procedentes de otro Estado.

En cuanto a las expropiaciones directas existen excepciones específicas que justifican dicho acto, tales como:

a.- interés público

b.- seguimiento del debido proceso

c.- indemnización pronta, efectiva y en moneda convertible para el inversor.

La expropiación indirecta, también conocida como "*Creeping Expropriation*", consiste en actos que si bien, formalmente, no declaran la expropiación o el incumplimiento contractual, producen

---

<sup>61</sup> José Luis Siqueiros. "Informe del comité jurídico Interamericano sobre el tema Arbitraje entre Estados y entre agentes económicos entre sí y con los Estados, respecto de negocios jurídicos internacionales cuyo objeto fuere de naturaleza privada." OEA/Ser. Q.CIJ/RES.1.11/92, 11 de marzo de 1992. Tomado de: Monroy Cabra, Marco Gerardo. Op. Cit. pág.233/234.

los mismos efectos de desposesión sobre el inversor. La jurisprudencia del CIADI enseña que la expropiación indirecta, real o alegada, ha sido según Illescas, una de las causas de mayor conflicto dentro de los casos que han llegado al CIADI.<sup>63</sup> Ejemplos de estas medidas tomadas por los Estados huésped, puede ser el retiro o denegación de una licencia o permisos de operación necesarios para la actividad del inversionista.

4.- Libre transferencia de las rentas obtenidas en relación con las inversiones procedentes del otro Estado y repatriación de esas inversiones

Esta disposición puede entenderse como una limitación a la soberanía del Estado receptor que podría modificar sus reglas e impedir que el inversionista pueda repatriar sus ganancias o la inversión misma. Es ciertamente una garantía que le otorga el Estado al inversionista extranjero.

5.- La protección de los contratos de concesión

Illesca considera que la mayor parte de disputas dentro del CIADI nacen de contratos de concesión. Un ejemplo de esto son los inversionistas que reciben una concesión de un Estado signatario de un tratado quien luego, justa o injustamente, les revoca o limita la concesión.

En general los TBI's no contienen una norma expresa que prohíba y sancione las alteraciones de los contratos de concesión, pero ciertamente recogen los principios que cobijan los tratados: trato justo, no discriminatoria, garantía de inversión, seguridad jurídica son elementos suficientes como para proteger al inversionista. También se puede suplir esta laguna gracias a la Cláusula de la Nación Más Favorecida conocida como "NMF, que se refiere a que cualquier beneficio que

---

<sup>62</sup> "En un caso de la Irán-United States Claims Tribunal se estableció que: "no se discute que en este caso el Gobierno de Irán no sancionó ninguna ley o decreto de acuerdo al cual el Zomorod Project o Shah Golu expresamente haya sido nacionalizado o expropiado. Sin embargo, es reconocido en el derecho internacional que medidas tomadas por el Estado pueden interferir con derecho de propiedad en tal extensión que estos derechos se convertirán en tan inútiles que se juzgan que han sido expropiados, aun cuando el Estado no haya tenido el propósito de expropiarlos y el título de propiedad formalmente se mantenga en cabeza del propietario original."

un país otorgue a otro, inmediatamente se le debe conceder los mismos beneficios a los otros países contratantes si se tratare de tratados de la misma naturaleza.

#### 6.- Resolución de Controversias entre el Estado Receptor y los Inversores

Esta es la cláusula que más nos interesa dentro del ámbito de este trabajo, pues de aquí nace la posibilidad que los árbitros del CIADI asuman competencia para conocer y resolver buena parte de las disputas relativas a inversiones. Como menciona Illescas, ésta podría ser considerada la disposición angular sobre la cual giran el resto de cláusulas debido a que constituye la garantía jurídica que funciona como mecanismo de solución de conflictos, distinta a la de los tribunales internos.<sup>64</sup>

El primer caso dentro del CIADI en marcar un precedente en recurrir al arbitraje en base a una cláusula sustentada en un TBI fue Asian Products Ltd (AAP) v. Sri Lanka<sup>65</sup>, donde el tribunal concluyó que Sri Lanka debía compensar a dicho inversionista por no haber asegurado plena protección y seguridad como se había contemplado en dicho tratado.<sup>66</sup>

En realidad, los TBI's ofrecen diversos mecanismos de resolución de conflictos, a los cuales puede acudir el inversor en caso de sentirse vulnerado por el Estado receptor:

1.- Por un lado puede someter la disputa a los tribunales internos competentes del Estado huésped.<sup>67</sup>

---

(Caso Starret, citado por United Nations Center of Transnacional Corporation, "Bilateral Investment Treaties", UN, New York, 1988, pág. 59. Tomado de Ibidem. pág. 48.

<sup>63</sup> Illescas, Javier. "Los Tratados de Protección de Inversiones y su Utilidad para los Inversores Españoles en Latinoamérica." *Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. España No. 5/2003. pág.91.

<sup>65</sup> *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Case No. ARB/87/3)

<sup>66</sup> Blackaby, Nigel. "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina." *Revista Internacional de Arbitraje* Enero- Julio 2004. pág. 21-22.

<sup>67</sup> Existen algunos BIT'S que obligan a los inversores a someter primero ante los tribunales internos y solo permiten someter al arbitraje internacional una vez transcurrido, un cierto periodo de tiempo. Como es el caso de el BIT'S entre Argentina –España. Sin embargo en estos casos la jurisprudencia del CIADI ha fallado a favor de la aplicación de la MFN, como es el caso Maffezini-España, siempre que cualquiera de los dos Estados tengan BIT's con

2.-También puede ir a un tribunal arbitral internacional. Dentro de esta opción el inversor, dependiendo de las particularidades del caso, podrá optar por someterse a un tribunal ad-hoc bajo las reglas de la UNCITRAL, o puede de la misma forma acogerse al CIADI, como mencionamos anteriormente.

Se ha visto, como comenta Illesca, que se tiene una preferencia por someter al CIADI las controversias por las siguientes razones:

- a.- Este centro trata exclusivamente disputas relativas a inversiones;
- b.- Los laudos que expiden los árbitros del CIADI tienen carácter de sentencia firme, los que no admiten otro recurso que los expresamente contemplados en el Convenio y tampoco permiten que los Estados en los que se va a ejecutar el laudo puedan objetarlo.<sup>68</sup>
- c.- Y una tercera razón tal vez la más importante, se refiere a que gracias a los TBI's suscritos, los Estados otorgan de antemano su consentimiento de someter la disputa ante el CIADI.

Se puede concluir que los TBI's recogen ciertas protecciones mínimas que permiten crear un espacio de confianza y protección para los inversionistas dentro del territorio de los Estados. Como algunos expertos sostuvieron: "Los TBI's se han convertido en una fuente de verdadera protección para los derechos de los inversionistas."<sup>69</sup> Del mismo modo benefician al Estado con el flujo de ingresos de capital a su territorio, fortaleciendo sus mecanismos legales y fomentando la seguridad jurídica dentro de su ordenamiento, lo que le permite ser parte de la economía global constituida por inversiones extranjeras.

---

terceros Estados en donde no se imponga esta condición, como es el caso Argentina- Estados Unidos. (Illescas, Javier. Op. Cit. pág. 91-92)

<sup>67</sup> Illescas Javier. Op.cit. pág. 83-93

## CAPITULO III

### JURISDICCION DEL CIADI

Jurisdicción es la potestad de administrar justicia, conocer y resolver un litigio. En el Capítulo I se habla de las teorías sobre la naturaleza del arbitraje donde se trata de establecer el origen de la jurisdicción de los árbitros. En esta sección nos enfocaremos en los elementos que un conflicto debe presentar para que este pueda ser resuelto por los tribunales arbitrales del CIADI, dejando en claro que ningún conflicto entre particulares puede ser resuelto de acuerdo con las normas y por los tribunales del CIADI.

El Art. 25 del Convenio del CIADI<sup>70</sup> establece ciertos elementos sustanciales respecto a la jurisdicción, para que el CIADI pueda considerarse competente frente a los casos que se le

---

<sup>68</sup> Broches, A. "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investments Disputes."; Schulz, J & Van Den Berg. "The Art of Arbitration : liber amicorum Pieter Sanders." 1982, p.63. Tomado de Blackaby, Nigel. Op. Cit. pág. 24.

<sup>70</sup> El Art. 25 del Convenio del CIADI establece:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Art. 28 o en el apartado (3) del Art. 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas, que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

presentan, los cuales se pueden concretar en tres principalmente: consentimiento de las partes, jurisdicción en razón de la materia, y jurisdicción en razón de la persona.

### III.1.-Consentimiento de las Partes

Para someterse al arbitraje es necesario que exista la voluntad expresa de las partes. El consentimiento, como lo han determinado los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, constituye: “la piedra angular sobre la que descansa la jurisdicción del Centro.”<sup>71</sup>

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el consentimiento puede darse de varias formas y en diversos momentos.

El acuerdo de las partes debe realizarse por escrito generalmente a través de lo que se conoce como “convenio arbitral.”<sup>72</sup> Puede darse el caso de que se realice un convenio arbitral entre el Estado receptor y el inversionista antes de que surja la controversia, o una vez que se haya suscitado el conflicto. Sin embargo lo que sí es importante, es que tanto el Estado receptor como el Estado de origen de la inversión materia de la controversia, sean parte del Convenio del

---

(4) Los Estados Contratantes podrán ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

<sup>71</sup> Frutos- Peterson, Claudia. “El CIADI y los Tratados Bilaterales de Inversiones.” Ejemplar entregado en el Seminario Taller de Arbitraje e Inversiones: Cómo Elegir un Sistema Internacional de Resolución y Disputas. Panamá, Mayo 28-30. pág 6.

<sup>72</sup> Un ejemplo de Convenio Arbitral celebrado entre Estado peruano y la empresa Duke Energy International Perú Investment No. 1 Ltd. Incorporado dentro del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado el 24 de julio de 2001 dice: “Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelva de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados , aprobada por el Perú, mediante Resolución Legislativa No. 26210.” (Cantuarias Salaverry, Fernando. Op.cit)



CIADI al momento de iniciarse el procedimiento arbitral, es decir al momento de presentar la solicitud.

En el caso del CIADI, a diferencia de otros tipos de arbitraje, es bastante común que el consentimiento no surja de un convenio arbitral suscrito directamente por el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Los Estados pueden otorgar su consentimiento a través de una oferta unilateral, de antemano, que se conoce como consentimiento “en blanco”<sup>73</sup>, al suscribir los TBI’S, los tratados multilaterales, o al promulgar leyes de promoción de inversiones en donde se ofrezca al inversor que en caso de que exista conflictos, estos puedan ser resueltos por Tribunales Arbitrales del CIADI.

Ese consentimiento anticipado por parte del Estado receptor, ha sido admitido como nos comenta, Ymaz, por el CIADI en muchos fallos.<sup>74</sup> Sin embargo esto no resta la necesidad de que el inversor consienta por escrito en someter el conflicto que generalmente, como explica Cantuarias, se lo hace mediante la proposición de la demanda<sup>75</sup> ante el Secretario General del Centro.<sup>76</sup>

Es importante mencionar que una vez que el inversionista ha otorgado su consentimiento, el Estado receptor no puede modificar su legislación o eliminar el compromiso ya asumido, lo que permita dar seriedad al sistema y seguridad al inversionista.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Tratado de Energía de la Comunidad Económica Europea de 1994, el NAFTA, MERCOSUR, entre otros. (Ibídem)

<sup>74</sup> Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v.. Republic of Sri. Lanka. (Case No. ARB/87/3), Maffezini v. España, (Caso No. ARB/97/7, 1997), Fedax N.V. v. República de Venezuela (Case No. ARB/96,3, 1996) (Traducción no Oficial).

<sup>75</sup> Ibrahim , Shihata. Tomado de Ymaz Videla, Esteban. Op.cit. pág. 71.

<sup>76</sup> Ymaz Videla, Esteban. Op. Cit. pág. 64.

<sup>77</sup> United Nations Conference on Trade and Development. “Course on Dispute Settlement International Center for Settlement of Investment Disputes.” 2.5. Selecting the Appropriate Forum.” United Nations, New York and Geneva, 2003. pág. 38. Tomado de: Cantuarias Salaverry, Fernando. Op. Cit.

Una vez que las partes han acordado someterse por las vías antes señaladas, y de manera escrita ante el CIADI, se entiende que renuncian tácitamente a otras formas o recursos para solucionar el litigio<sup>78</sup>, a menos que el Estado expresamente determine en los Tratados Bilaterales, Multilaterales o en las leyes de promoción y protección, que debe existir el agotamiento previo de las vías internas para recién entonces dar paso al arbitraje internacional.<sup>79</sup>

Eventualmente, los Estados también pueden prestar el consentimiento de manera condicionada. Esto se vio en el caso *Holiday Inns v. Maruecos*<sup>80</sup> donde el Tribunal afirmó que Maruecos había aprobado la jurisdicción del CIADI en conexión con un contrato que se había realizado con una empresa Suiza, pese a que en la fecha en que el contrato fue firmado, la compañía no había sido todavía incorporada, y una vez que lo fue, el Estado no era todavía parte del Convenio.<sup>81</sup>

Por último es interesante afirmar que al momento de aceptar por las vías antes señaladas la jurisdicción del CIADI, el Estado renuncia a la protección diplomática y a cualquier reclamación internacional de parte del Estado receptor. Esto opera una vez iniciado el procedimiento.<sup>82</sup>

Así, si bien el consentimiento constituye un elemento necesario para que el Centro asuma jurisdicción para resolver un caso, este requisito no es suficiente para someter un conflicto a la jurisdicción del CIADI. Considerándose por ello importante explicar el resto de requisitos que contempla el Art. 25 del Convenio.

### **III.2.-Jurisdicción en Razón de la Materia<sup>83</sup>**

---

<sup>78</sup> *Holiday Inns v. Morocco* (Case No. ARB/72/1) o en "*Mine v. Guinea*" (Case No. ARB/84/4) La excepción frente a este punto se encontró en *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea* (Case No. ARB/84/1) Tomado de: Ymaz Videla, Esteban. Op. cit. pág. 70.

<sup>79</sup> Art. 26 del Convenio del CIADI

<sup>80</sup> *Holiday Inns v. Morocco*. (Case No. ARB/72/1) (Traducción no Oficial.)

Como dijimos antes, no todo conflicto puede ser conocido y resuelto por el CIADI; uno de los limitantes es la materia de la controversia. Lo que en el derecho anglosajón se conoce como “subject matter jurisdiction”. Debemos por lo tanto responder a la pregunta ¿Qué materias pueden ser conocidas y resueltas por el CIADI?

### 1.- Las Diferencias

Primero se debe entender que la jurisprudencia define “diferencia” como un conflicto en torno a un problema legal, relevante para las partes y no a un simple interés entre las partes. Como los Directores Ejecutivos explican: “La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que da lugar la violación de una obligación de orden legal.”<sup>84</sup>

### 2.- La naturaleza jurídica

El autor Cantuarias Salaverry, comenta que el Convenio del CIADI no se ha encargado de dar una definición a este término. Sin embargo gracias a la doctrina y jurisprudencia se ha podido perfilar este concepto, entendiéndose que se trata de conflictos de derechos y obligaciones que emanan de contratos, convenios y legislaciones, y no de simples conflictos de intereses entre las partes.<sup>85</sup> Es decir en palabras de Delaume:

Podrán arbitrarse ante el CIADI disputas referidas al incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable y la terminación de

---

<sup>81</sup> Reed, Lucy., Jan Paulsson, Nigel Blackaby. Guide to ICSID Arbitration. United States: Kluwer Law International, 2004. pág. 25. (Traducción no Oficial).

<sup>82</sup> Art. 27 del Convenio del CIADI.

<sup>83</sup> Así la primera parte del Artículo 25 del Convenio CIADI, establece que la jurisdicción se extenderá: “a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión.”

<sup>84</sup> Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estados. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 18 de marzo de 1965. pág. 43/44.

<sup>85</sup> Montoya Alberti, Ulises. “El Arbitraje Comercial.” Cultura Cuzco S.A., Lima, 1988. pág. 253. Tomado de Cantuarias Salaverry, Fernando. “Condiciones para acceder al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).” Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de marzo de 2004.

los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación. En cambio no podrá someterse al arbitraje, conflictos de intereses, como son la renegociación de un contrato o de determinadas cláusulas contractuales.<sup>86</sup>

El autor Christoph Schreuer dijo: “La disputa podrá considerarse legal solo si los recursos legales como son la restitución, son solicitados y si los derechos legales amparados en los tratados y legislaciones son reclamados.”<sup>87</sup>

Sin embargo, el propio Convenio concede en el numeral 4 del Art. 25 la posibilidad de que sean los propios Estados los que delimiten ciertas materias que serán sometidas a la jurisdicción del CIADI.<sup>88</sup>

### 3.- Las diferencias deben surgir directamente de una inversión

Tanto el término “directa” como “inversión”, no han sido definidas en el Convenio del CIADI. Sin embargo, como explica el autor Schreuer<sup>89</sup> no se puede negar que este sea un requisito objetivo, ya que este se encuentra recogido en la Regla 2 (1) (e) de Iniciación del CIADI que dice:

Que no solo se deben presentar las partes su expreso consentimiento, sino como un requerimiento separado, deben adjuntar información sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión.<sup>90</sup>

En cuanto al concepto de inversión, creo importante dejar sentado que este elemento ha sido ampliamente discutido por tratadistas al momento de redactarse el Convenio, y a lo largo de la historia del CIADI. Discusiones que se han concretado básicamente a dos opiniones contrapuestas. Por un lado el criterio consensual, que sostiene que sean las partes las que

---

<sup>86</sup> Delaume, George. “ICSID Arbitration Proceeding: Practical Aspects.” En: Pace Law Review, Vol 5, 1985. pág. 567. Tomado de *Ibidem*. (Traducción no Oficial).

<sup>87</sup> Schreuer, Christoph H. “ICSID Review- Foreign Investment Law Journal: Commentary on the ICSID Convention: Article 25.” Vol. 11 No. 2. United States: *ICSID Review*, Fall 1996. pág.339-340. (Traducción no Oficial).

<sup>88</sup> Ymaz Videla, Esteban. Op. Cit. pág. 65.

<sup>89</sup> Schreuer, Christoph. Op. Cit. pág. 358-359.

<sup>90</sup> Reglas Procesales de Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Regla de Iniciación) adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el Art. 6 (1)(b) del Convenio del CIADI.

delimiten el elemento de inversión. Y por otro lado el criterio objetivo, que considera que se debe necesariamente definir inversión, ya que de lo contrario se dejaría la puerta abierta para contradicciones dentro de los fallos del CIADI. Sin embargo por la importancia del tema he considerado importante dedicar el Capítulo IV a exponer los diversos criterios sostenidos al respecto.

### **III.3.- Jurisdicción en Razón de la Persona**

No toda persona puede someterse a un Tribunal Arbitral del CIADI. Esto se conoce en el derecho anglosajón como “personal jurisdiction”. Para que el CIADI asuma competencia, la disputa debe surgir en principio, entre un Estado parte y una persona natural o jurídica de otro Estado parte del Convenio del CIADI. Dijimos en principio, porque en 1978 se creó el Mecanismo Complementario mediante el cual se permite que solamente uno de los Estados dentro del conflicto, sea este el Estado huésped o el Estado del cual es nacional el inversor, sea parte del Convenio del CIADI, tema al cual se dedicará una sección especial mas adelante. Queda excluido que se pueda resolver casos solamente entre Estados, entre los nacionales y sus Estados o entre inversionistas, ya que como establece Cantuarias, la función primordial del CIADI es fomentar el desarrollo de las inversiones extranjeras.<sup>91</sup>

Así, es preciso detenerse en las partes que se encuentran involucradas dentro de la controversia:

1.- Empezando por el Estado Contratante, es necesario que éste sea parte del Convenio del CIADI al momento de presentar la solicitud ante la Secretaría de dicho ente. En este punto es

importante hacer énfasis en que el Art. 25 del Convenio del CIADI dentro del concepto de Estado, incluye a una subdivisión política u organismo público siempre y cuando concurren tres requisitos fundamentales:

a.- Tanto las subdivisiones políticas como los organismos públicos deben encontrarse en cumplimiento de las funciones públicas en nombre del Estado al que pertenecen.

b.- Deben haber sido designadas por dicho Estado de manera expresa para dar a conocer al Centro de esta potestad. Esta designación cobra relevancia en el momento en que se trata de un ente descentralizado. Por lo que se requiere que el mandamiento sea otorgado al momento de la iniciación del procedimiento.

La importancia de la designación, comentan algunos autores como Lucy Reed y Jan Paulsson se puede ver en el caso *Cable Televisión v. St. Kitts and Nevis*<sup>92</sup> en donde el Tribunal tuvo que declararse incompetente debido a que el inversor hizo un contrato de inversión que contenía una cláusula arbitral del CIADI con una subdivisión de la Federación St. Kitts y Nevis, sin embargo esta subdivisión no había sido nunca designada ni tampoco había sido autorizada para aprobar la respectiva cláusula.<sup>93</sup>

c.- Por último es preciso que el Estado receptor acepte esta designación, a menos que haya expresamente manifestado lo contrario.<sup>94</sup>

2.- El inversor puede ser persona natural o persona jurídica.

a.- En cuanto a la persona natural ésta debe ser nacional<sup>95</sup> de un Estado, en principio, parte del CIADI pero distinto del Estado receptor de la inversión. Particularidad como nos comenta

---

<sup>91</sup> C.F.Amerasinghe. "The International Center for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation." En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1976, Vol. 9p.803. Tomado de: Cantuarias Salaverry, Fernando. Op. cit. (Traducción no Oficial).

<sup>92</sup> *Cable Televisión v St. Kitts and Nevis*. Case No. ARB/95/2. (Traducción no Oficial).

<sup>93</sup> Reed, Lucy., Jan Paulsson, Nigel Blackaby. Op. Cit. pág. 20. (Traducción no Oficial).

<sup>94</sup> Ymaz Videla, Esteban Op. cit. pág. 68.

Cantuarias, que puede darse en dos momentos: o al consentir por escrito, o en el lapso que transcurre entre que presenta la solicitud y el Tribunal resuelve la competencia.

b.- La persona jurídica debe ser nacional<sup>96</sup> del Estado Contratante al momento en el que las partes manifiesten su acuerdo. Sin embargo esto no es tan tajante ya que la misma norma del Convenio establece que es válido aún cuando la persona jurídica tenga la nacionalidad del Estado receptor, siempre que las partes consientan en considerarle un nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a un control extranjero.<sup>97</sup>

Para que el Tribunal pueda considerar que existe control extranjero basta con el simple acuerdo de arbitraje. En el caso *Amco v. Indonesia*<sup>98</sup>, el Tribunal discurrió que al encontrar la aceptación de las partes respecto a la incorporación de la empresa de nacionalidad indonesia conocida como Amco, controlada por una empresa de los Estados Unidos, el Estado de Indonesia estaba aceptando que la misma sea tratada como una empresa extranjera.

Otro caso interesante en el que se encuentra que el CIADI reitera el lineamiento antes planteado, es en *LETCO v. Liberia*.<sup>99</sup> El Tribunal consideró si un Estado y una persona jurídica bajo control extranjero, firman un contrato de inversión donde existe una cláusula de arbitraje para someterse en caso de disputas ante el CIADI, implícitamente se entiende que el Estado está reconociendo

---

<sup>95</sup> La nacionalidad se determina gracias a la legislación del Estado que reclama ese vínculo gracias a tres criterios: Por un lado el *ius sanguinis* (lazos de sangre), el *ius soli* (lugar de nacimiento) o por la residencia. Tomado de Cantuarias Salverry, Fernando. Op.cit.

<sup>96</sup> La doctrina en general ha consentido que la nacionalidad de una persona jurídica se determina por el lugar de su constitución o su domicilio social, sin embargo también se permite por el lugar donde esta ubicado la administración central o su sede efectiva.

<sup>97</sup> Ymaz Videla, Esteban. Op. cit. pág. 68/69.

<sup>98</sup> *Amco v. Indonesia*. Caso No. ARB/81/1. (Traducción no Oficial).

<sup>99</sup> *LETCO v. Liberia*. Caso No. ARB/83/2 (Traducción no Oficial).

darle a la persona jurídica el trato nacional de otro Estado Contratante, ya que de otra forma no podría someterse a la jurisdicción de este Centro.

Así los tribunales del CIADI consideran que en el caso de que las partes hayan acordado al momento de firmar el contrato de inversión, darle el trato de nacional de otro Estado Contratante por estar sometido a control extranjero, se entiende que cumple con el requisito expresado en el Art. 25 del Convenio, y por ende que el CIADI tiene jurisdicción.

En el hipotético caso de que no exista un control extranjero absoluto, el Tribunal deberá recurrir a otros elementos como es el manejo operativo de la empresa para analizar si es competente dentro del tema. En el caso *Vacuum Salt Products Ltd. V. República Ghana*<sup>100</sup>, el Tribunal no encontró que existía un control extranjero absoluto, como tampoco un manejo operativo de la empresa, por lo que falló declarándose incompetente.

Este tema es uno de los más frecuentados dentro del CIADI ya que para el año 1999 se habían presentando once casos bajo esta excepción, como lo comenta Shihata y Parra.<sup>101</sup> Se presentan generalmente cuando el Estado receptor obliga al inversionista a constituir una persona jurídica

---

<sup>100</sup> *Vacuum SALT Products Ltd. Vs República Ghana* (Caso No. ARB/ 92/1, 1992). (Traducción no Oficial).

<sup>102</sup> Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", ob. cit., p. 315. "Eleven of the investors parties to arbitration proceedings under the ICSID Convention have been locally-incorporated companies deemed to be foreign under this provision of the Convention". Tomado de Cantuarias Salaverry, Fernando. "Condiciones para Acceder al Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)". Publicado en *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. 5 de Marzo de 2004. (Traducción no Oficial).



nacional, sin embargo, para efectos de jurisdicción del CIADI, las partes acuerdan en que ésta sea tratada como inversionista extranjero.<sup>102</sup>

Se puede afirmar, sin embargo, que debido a la falta de una norma expresa dentro del CIADI, los Tribunales han tenido bastante amplitud y en momentos se han contradicho al fallar sobre el tema. Así, en el caso de *AMCO Asia Corporation v. Republic Indonesia*<sup>103</sup>, el Tribunal del CIADI se consideró competente en septiembre de 1983, ya que existía suficiente prueba que demostraba la voluntad de las partes de considerar a esta empresa como "extranjera".<sup>104</sup> De la misma manera hemos visto otros fallos en los cuales se confirma esta decisión: *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*<sup>105</sup> y en *Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumbetor Industry Corporation vs República de Liberia*.<sup>106</sup> (Caso No. ARB/83/2, 1983).<sup>107</sup>

Es importante citar a manera de conclusión que los autores Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby consideran como el mejor mecanismo de revisión respecto a la jurisdicción del CIADI bajo el marco de los requisitos contemplados en el Art. 25 del Convenio, a la Regla No. 2 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI, conocidas como Reglas de Iniciación.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup>Autopista Concesionada de Venezuela C.A. vs República Bolivariana de Venezuela (Caso No. ABR/00/5, 2000), fallo del Tribunal Arbitral sobre su jurisdicción: "Esta excepción se justifica por el hecho que los Estados receptores suelen exigir que los inversionistas extranjeros operen a través de una sociedad constituida localmente, sin la intención de impedirles acceder al arbitraje del CIADI". Tomado de Cantuarias Salaverry, Fernando. "Condiciones para Acceder al Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)". Publicado en Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de marzo de 2004.

<sup>103</sup> Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (Case No. ARB/81/1) (Traducción no Oficial).

<sup>104</sup> Caso No. ARB/81/1, 1981), Tomado de: Cantuarias Salaverry, Fernando. Op.cit. (Traducción no Oficial).

<sup>105</sup> Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais. (Case No. ARB/81/2) (Traducción no Oficial).

<sup>106</sup> Liberian Eastern Timber Corporation y Letco Lumber Industry Corporation vs República de Liberia. (Caso No. ARB/83/2, 1983).(Traducción no Oficial).

<sup>107</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Op. cit.

<sup>108</sup> Regla No.2 de las Reglas de Iniciación del CIADI: (1) En la solicitud se deberá:

(a) identificar con precisión a cada persona en la diferencia y consignar su dirección;

### III.3.1- Mecanismo Complementario

El acceso a la jurisdicción del CIADI no sólo depende del consenso de las partes sino de una serie de requisitos que se encuentran contemplados en el Art. 25 del Convenio, entre los cuales cabe mencionar que tanto el Estado huésped como el Estado al cual pertenece el inversor deben ser parte del Convenio, así como también la disputa debe suscitarse directamente de una inversión. Estas condiciones restringían el acceso al Centro a muchos países y sus nacionales. Por lo cual en 1978 el Consejo Administrativo autorizó al Secretariado para que administrare ciertas controversias puntualmente determinadas bajo el marco de un Mecanismo Complementario que cuente con sus propias reglas independientes a las del Convenio del CIADI.

---

(b) manifestar, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante, que sido debidamente acreditado por dicho Estado ante el Centro, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio;

(c) indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante. También deberá acompañarse la información similar sobre la aprobación de ese consentimiento por parte del Estado, salvo que se hubiere notificado al Centro que dicha aprobación no es necesaria;

(d) indicar respecto de la parte que es nacional de un Estado Contratante:

(i) su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento;

y (ii) si la parte es una persona natural:

(A) su nacionalidad a la fecha de presentar la solicitud; y

(B) que no tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, tanto en la fecha del otorgamiento como en la fecha de la presentación de la solicitud; o

(iii) si la parte es una persona jurídica que a la fecha del otorgamiento del consentimiento tenía la nacionalidad del Estado Contratante que es parte en la diferencia, debe acompañarse el acuerdo mediante el cual las partes consienten que la primera sea tratada como si fuese nacional de otro Estado Contratante a los fines del Convenio;

(e) acompañar informaciones sobre las cuestiones objeto de la diferencia, señalando que las partes tienen una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión; e

(f) indicar, si la parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autoriza la solicitud.

(2) La información requerida por los subpárrafos 1(c), (1)(d)(iii) y (1)(f) deberá justificarse con documentos.

(3) "Fecha del otorgamiento del consentimiento" significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho.

Así, estos casos específicos se podrían resumir en tres grandes grupos que se encuentran normados en el Art. 2 del Reglamento de Mecanismos Complementarios:

- a) Procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;
- b) Procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y
- c) Procedimientos de comprobación de hechos. La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante el Mecanismo Complementario.<sup>109</sup>

El Mecanismo Complementario recoge disputas que no necesariamente surjan de una inversión<sup>110</sup> y que no sean de competencia del Centro ya que fundamentalmente uno de los Estados que se encuentran dentro de la controversia no es parte del Convenio. La autora Claudia Frutos señala que en un comienzo este sistema fue creado de manera experimental, sin embargo en 1984 el Consejo decidió darle un carácter indefinido. Lo peculiar es que por primera vez se hizo efectivo en 1994 con el NAFTA (acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá) donde sólo el primer país era parte del Convenio. Este hecho marcó un precedente para el resto de tratados en cuanto al mecanismo de solución de controversias, teniendo registrados nueve casos hasta el momento.<sup>111</sup>

Entre los diversos casos que se ha presentando dentro del marco del Mecanismo Complementario, se encuentra el caso *Metaclad v. México*.<sup>112</sup> Así se vio que México a través del municipio local expropió a un inversor de Estados Unidos, quien días antes había obtenido todos los permisos de operación para un peligroso transporte de basura.

---

<sup>109</sup> Reglamento de Mecanismo Complementario del CIADI. CIADI/ 11/ REV 1. Enero 2003.

<sup>110</sup> El CIADI ha adoptado un campo bastante amplio en cuanto a inversión ya que se dice que el único elemento que se requiere es que sea pueda diferenciar de una transacción comercial ordinaria. Tomado de: United Nations Conference on Trade and Development. "Course on Dispute Settlement: International Center for Settlement of Investment Disputes." pág. 19 (Traducción no Oficial).

## CAPITULO IV

### DISPUTAS SOBRE LA JURISDICCION DEL CIADI EN RELACION AL CONCEPTO DE INVERSION

Se puede clasificar a los tres requisitos esenciales de la jurisdicción, contemplados en el Art. 25 del Convenio, en dos grandes grupos. Por un lado el grupo que se encuentran normados por el Convenio, como son la naturaleza legal del conflicto y las partes que intervienen en la disputa. Y por otro lado existen aquellos temas que son definidos consensualmente por las partes como son: la inversión, la disputa legal y la nacionalidad del inversor.<sup>113</sup> Estos últimos elementos precisamente son motivo de disputa entre distintos autores y materia contradictoria en los fallos del CIADI.

El elemento al cual se dará un enfoque más detallado en este trabajo será el concepto de inversión, considerando que es clave para definir la jurisdicción dentro del CIADI, y sin embargo debido a que no se encuentra definido en el Convenio, ha sido materia de grandes discusiones en la historia del Centro, generando en muchas ocasiones una tensión entre las partes respecto al sometimiento o no de la controversia ante la jurisdicción del CIADI.

#### **IV.1-Razón de Ser de las Disputas**

El arbitraje internacional entre los Estados y los inversores particulares sigue siendo un tema controversial. Esto se debe entre otras cosas, no solo al gran crecimiento que ha tenido el CIADI en los últimos años y la gran cantidad de casos sometidos a este Centro a raíz de la crisis

---

<sup>111</sup> Frutos- Peterson, Claudia. Op. cit. pág. 3-5.

<sup>112</sup> *Metaclad v. México*. (Case No. ARB/ 97/1) (Traducción no Oficial).

<sup>113</sup> Schreuer, Christoph H. Op. cit. pág.324-325. (Traducción no Oficial).

financiera en Argentina<sup>114</sup> sino, principalmente, porque existe todavía una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas contra los intereses públicos de los Estados que luchan por defenderse al amparo de la justicia que emana de su soberanía.<sup>115</sup>

La resistencia de los Estados al sometimiento de sus controversias al arbitraje internacional, en parte puede explicarse debido a un proceso de evolución del Estado como actor dentro del derecho internacional. En el Siglo XIX al ser los Estados considerados los sujetos más importantes dentro del marco del ordenamiento jurídico internacional, no existía una participación directa de los individuos o personas jurídicas privadas en litigios contra los Estados; debían hacerlo a través de sus propias naciones. Existían una serie de mecanismos de protección utilizados por los Estados: la protección diplomática, o la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios ocasionados a personas o bienes, los cuales se hacían efectivos con el uso de la fuerza.<sup>116</sup>

Las normas de protección diplomática, exigían que se diera un agotamiento previo de los recursos internos, en miras a proteger la soberanía del Estado y tratar de resolver el conflicto dentro de su propio ordenamiento jurídico interno. Si este mecanismo no funcionaba, se permitía solamente al Estado del cual eran parte los afectados, recurrir al derecho internacional.<sup>117</sup> Sin embargo pese a que todavía existen muchos elementos de este antiguo sistema, el derecho internacional ha sufrido un considerable cambio en los últimos años, en parte gracias al fenómeno de la globalización.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> Ver ANEXO # I.

<sup>115</sup> Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 15/No. 2. Fall 2004. pág. 80. (Traducción no Oficial).

<sup>116</sup> Vives Chillán, Julio. A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Madrid: Mc. Graw Hill, 1998. pág. 1-5.

<sup>117</sup> *Ibidem*. pág. 1-5.

<sup>118</sup> La globalización es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económica

Uno de los cambios más significativos, ha sido la importancia que ha adquirido el individuo dentro del escenario jurídico internacional y la posibilidad de que él, por sí mismo, haga valer sus derechos amparados en los TBI's sin tener que hacerlo a través del Estado del cual es parte.

Sin embargo debido a la validación de este nuevo sujeto dentro del contexto internacional, ha surgido una gran discrepancia entre aquellos que dan prioridad a los intereses privados de estos particulares y aquellos que otorgan más valor a los intereses públicos de los Estados. En cada caso y según su ubicación frente al litigio concreto, varían los mecanismos y estrategias utilizadas para evadir o forzar el sometimiento de las controversias a la jurisdicción de tribunales del CIADI.

#### **IV.1.1.-Perspectiva del Estado**

El Estado tiene una tendencia a nacionalizar los contratos suscritos con los inversionistas, tratando de conservar su soberanía y evitar ser sometido a leyes internacionales que en muchas ocasiones resultan ser desconocidas por sus funcionarios y por tanto constituye un terreno peligroso donde transitar. Normalmente, las naciones establecen que la ley aplicable al contrato debe ser la del Estado huésped de la inversión y así cualquier disputa que pueda surgir de tal inversión debe ser resuelta por sus tribunales internos. La filosofía que justifica esta actitud es que así como el inversor va a su territorio con el objetivo de hacer dinero y sacar provecho de sus recursos naturales, de la misma forma deben someterse también a las leyes internas del

---

y política que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la sociedad en red. Tomado de: [Enciclopedia Wikipedia](#).

Estado receptor de la inversión, quien podrá ejercer un control más riguroso sobre sus actividades.<sup>119</sup>

Considero que existe también una razón de fondo por la que los Estados tienden a nacionalizar los contratos y por tanto la resolución de las controversias que de los mismos puedan surgir. En vista que el contrato de inversión fue suscrito en el país huésped, los Estados argumentan que en caso de que surja una controversia entre las partes, los inversionistas deben ajustarse a las leyes del país donde se celebró el contrato, fundamentándose que los extranjeros tienen los mismos derechos y por tanto deben asumir las mismas obligaciones que tienen sus propios nacionales.

Esta alegación se encuentra claramente sustentada por el Estado Argentino, quien en diciembre del 2001, debido a la crisis financiera, impuso medidas como la pesificación y cambio de tarifas de dólares a pesos, devaluándose la moneda. Frente a tales medidas, los inversionistas se quejaron de que las mismas eran expropiatorias y violatorias de sus derechos y el Estado alegó: “tales disposiciones fueron implementadas para superar la crisis soberana y en ningún caso se ha discriminado al inversor extranjero o a la empresa extranjera con relación a los nacionales, ni se ha impedido o dificultado el acceso a la justicia Argentina.”<sup>120</sup>

En el caso *Letco v. Liberia*<sup>121</sup>, el Tribunal establece: que no existe duda que la ley aplicable es la de Liberia. Y agrega que basándose en el Art. 42 de la Convención del CIADI se dice: “... El Tribunal debe aplicar la ley del Estado Contratante (incluyendo las reglas sobre el conflicto de

---

<sup>119</sup> *Ibidem*. pág. 80-81. (Traducción no Oficial).

<sup>120</sup> *Caso CMS v. Argentina*. (Caso No. ARB/01/8). Parr.23, *Caso LG&E Energy Corp. Et.al v. República de Argentina*. (Caso No. ARB/02/1) parr.67 y comunicado de la prensa del Ministerio de Economía, parr. Tomado de: Godoy, Federico. “El Caso Argentino: Protección de Inversiones v. Facultades Soberanas.” *Revista Internacional de Arbitraje* Enero- Julio 2004. pág. 126.

<sup>121</sup> *Letco v. Liberia*. Caso No. ARB/ 83/2. (Traducción no Oficial).

leyes) y aquellas reglas del derecho internacional que puedan ser aplicables.”<sup>122</sup> Así se puede observar que el mismo CIADI establece que en caso de que las partes no hayan convenido de manera diferente, será la ley del Estado huésped la que deba aplicarse.

Los Estados para nacionalizar los contratos, utilizan una serie de técnicas que es necesario que se expliquen por la importancia que luego tienen al dictaminar la jurisdicción del CIADI en materia de inversiones, como nos comentan algunos autores.

Así por ejemplo, Silva nos explica que los Estados invocan que el contrato establecido entre las partes es de naturaleza doméstica debido a que surge de un contrato administrativo y que en su legislación el mismo no puede ser sometido a un tribunal internacional. Cita como ejemplo el caso SPP Ltd v. Egypt<sup>123</sup> donde se dice: “Cualquier contrato relacionado con el uso de dominio público, es por su naturaleza, considerado un contrato administrativo sujeto a la aplicación de las normas reguladoras de contratos administrativos.”<sup>124</sup>

En la misma línea, autores como Cremades y Cairns se refieren a la discrepancia entre la ley aplicable para las controversias surgidas de los TBI's, y los reclamos que nacen de un contrato. Mientras los primeros se rigen por las estipulaciones del propio tratado, la ley nacional del Estado huésped y los principios de derecho internacional, los reclamos contractuales se basan en la ley nacional relacionada con los contratos administrativos.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Convenio del CIADI.

<sup>123</sup> Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/84/3.)

<sup>124</sup> SPP Ltd v. Egypt. (Caso No ARB/84/3). Tomado de ICSID Report. Volume 3. United States: University of Cambridge, 1995. Pág. 304. (Traducción no Oficial).

<sup>125</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, David. “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados.” Revista Internacional de Arbitraje Enero- Julio 2004. pág. 72-73.



Los Estados suelen imponer como condición para suscribir un contrato internacional, la obligación de constituir una empresa subsidiaria que tenga la misma nacionalidad del Estado receptor de la inversión. De esta manera consiguen que al momento en que surja una controversia, ésta sea sometida a los tribunales internos, para no considerarla como un inversor privado que pueda recurrir a los mecanismos dispuestos en los TBI's.<sup>126</sup>

Cremades y Cairns explican que los Estados pueden, en principio, a través de la elección de la jurisdicción, utilizar dos técnicas que se derivan de consideraciones relacionadas con la soberanía de los Estados y de las bases de la doctrina Calvo, donde se busca resolver las controversias derivadas de inversiones a través de los tribunales internos. La primera técnica consiste en incluir dentro del TBI una cláusula que exija el previo agotamiento de los recursos internos para luego poder recurrir al arbitraje internacional. Tal aplicación se la discute en el caso *Maffezini v. España*<sup>127</sup>, donde el Tribunal consideró que: "al incluir esta cláusula en el TBI, España y Argentina, ...quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo de los 18 meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional."<sup>128</sup>

Sin embargo, para combatir este tipo de disposiciones, los inversionistas alegan la cláusula de la NMF, normalmente incluida en los TBI's, por la que el inversor puede recurrir a otros TBI's que permitan el acceso a los tribunales arbitrales del CIADI sin necesidad de agotar los cortes locales y de esta manera internacionalizar los contratos. En el mismo caso *Maffezini v. España*, el inversionista para demandar a España recurrió al TBI celebrado entre España y Chile y por la vía de invocar la Cláusula de la NMF, se basó en el TBI suscrito con Chile para presentar la

---

<sup>126</sup> Silva Romero, Eduardo. Op.Cit. pág. 81 (Traducción no Oficial).

<sup>127</sup> *Maffezini v. España*. (Case No. ARB/97/7.)

<sup>128</sup> *Ibidem*. parr. 24-37. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairnos, David. Op.cit. pág. 92-104.

disputa al tribunal de arbitraje internacional sin tener que cumplir con el previo agotamiento de los recursos internos.<sup>129</sup>

Una segunda técnica que en cambio favorece a los Estados, consiste en establecer una disposición dentro del TBI, que instituya el previo consentimiento del Estado receptor frente al foro en que se llevará la solución de la controversia, una vez que surja la misma. El Estado huésped se reserva el derecho a prestar su consentimiento y por tanto a escoger el arbitraje al cual decidan someterse las controversias que deriven de la inversión. Como establecen Cremades y Cairns: “El balance se desplaza a favor del Estado, que tiene un privilegio para arbitrar una controversia de inversión si el inversor elige esta opción, pero no la obligación de hacerlo así.”<sup>130</sup>

Silva sostiene que las naciones en el arbitraje tienden a utilizar el concepto de interés público, con el objetivo de justificar el incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato suscrito por el propio Estado. Este mecanismo se encuentra recogido en el caso SPP Ltd v. Egypt<sup>131</sup>, donde el Estado alegó: “que tenía el derecho legal para modificar el contrato en miras del interés público, basándose en un principio establecido en la ley administrativa.”<sup>132</sup>

Con frecuencia y con buen fundamento, los Estados sustentan que no toda violación contractual constituye una violación al TBI y que por tanto cuando ha sido una entidad local la que ha vulnerado un contrato, esto no constituye una trasgresión a la garantía de inversión, y no puede dar inicio a un caso arbitral por responsabilidad del Estado. En el caso Impregilio v. Pakistán<sup>133</sup>, el Tribunal hizo una clara distinción entre la violación a un contrato por parte de una entidad, que

---

<sup>129</sup> *Ibidem*. parr. 4.

<sup>130</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. Cit. pág. 101.

<sup>131</sup> *SPP Ltd v. Egypt*. (Caso No ARB/84/3) (Traducción no Oficial).

<sup>132</sup> *ICSID Reports*. Volume 3. Op. Cit. Pág. 34. (Traducción no Oficial).

genera una violación a la ley nacional, y por otro lado, lo que significa el incumplimiento de un Estado a un tratado internacional, la cual sí se considera una vulneración al derecho internacional y por tanto acarrea responsabilidad para la nación que ha infligido dicho TBI.<sup>134</sup>

Por último, los Estados suelen sostener que la controversia suscitada no puede ser considerada como “inversión”, de lo que se deriva que el propio Estado no está obligado a someterse a la jurisdicción del CIADI, ya que la disputa no reúne los requisitos estipulados en el Art. 25 del Convenio.<sup>135</sup> Un ejemplo de esta alegación se encuentra en el caso *Joy Mining v. Egypt*<sup>136</sup>, donde Egipto alegó entre varias cosas, que el contrato suscrito entre las partes era simplemente un acuerdo supletorio respecto a la venta de equipos por la compañía y que esta operación no contenía riesgo alguno, por lo que no se calificaba como inversión.

De la misma manera, los Estados sostienen que las garantías bancarias constituyen una simple operación comercial<sup>137</sup>, consideradas como meras obligaciones contractuales que no pueden ser calificadas como inversión dentro del marco del Art. 25 de la Convención y por tanto el conflicto no puede someterse a ese mecanismo de solución de disputas. En ese caso el tribunal consideró que por mucha amplitud que se le quiera dar al concepto de inversión, este término no puede abarcar las garantías bancarias de las cuales habla el inversor, ya que no se encuentra dentro de las delimitaciones del TBI.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Case No. ARB/02/2)

<sup>134</sup> *Ibidem.* parr. 210. (Traducción no Oficial.)

<sup>135</sup> Silva Romero, Eduardo. Op. Cit. pág. 80-85 (Traducción no Oficial).

<sup>136</sup> *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt.* (Case No. ARB/ 03/11)

<sup>137</sup> Las transacciones puramente comerciales se encuentran excluidas del ámbito material de la competencia del CIADI. Así Vives establece: “La voluntad de las partes para definir una controversia jurídica como derivada directamente de una inversión está limitada por la exclusión de las controversias “comerciales” del ámbito material de la competencia del CIADI. El comentario del Centro a la cláusula modelo número IV, contribuía a aclarar esta cuestión, si bien el comentario y la cláusula fueron modificados recientemente. En la versión inicial de este comentario se decía que la omisión de una definición en el Convenio era intencional porque no podían abarcar todas las transacciones posibles, afirmándose, sin embargo, que incluía préstamos, aportaciones de capital y derecho de propiedad industrial, quedando claramente excluidas las (transacciones comerciales ordinaria, tales como la venta de mercaderías.)” (Vives, Chillada Julio. Op. Cit.)

<sup>138</sup> *Ibidem.* parr. 31-35 y 43-47. (Traducción no Oficial.)

Es interesante mencionar que existe un último mecanismo que es útil, de manera alternativa frente a los anteriores, que es recurrir a la prensa con el objetivo de ejercer presión sobre los árbitros o tribunales y ganarse el apoyo de la opinión pública<sup>139</sup>.

#### **IV.1.2.- Perspectiva del Inversionista**

Por el contrario, los inversionistas tratan de llevar los conflictos al plano internacional, presionando para que los Estados se sometan al arbitraje internacional, debido a la imparcialidad tanto jurídica como política que estos ofrecen al momento de resolver la disputa.

La filosofía del inversionista es que, llevar capital al Estado huésped significa un crecimiento económico que fomenta el desarrollo, la innovación de tecnología, capital, y diversificación para ese Estado. De la misma manera consideran que la ley más justa al tratarse de dos legislaciones distintas, es la ley internacional, y que los conflictos deben solucionarse por tribunales independientes y confiables como el CIADI.

Resulta interesante trasladarnos a revisar las herramientas o mecanismos utilizados por los inversores para comparar la gran discrepancia entre su posición y la de los Estados, y como esto genera grandes discusiones sobre la jurisdicción del CIADI para conocer y resolver las disputas. Luego intentaré plantear posibles soluciones que clarifiquen el marco legal y garanticen la posición de las partes frente al arbitraje internacional.

Para conseguir que los conflictos alcancen la jurisdicción del CIADI, los inversionistas utilizan estrategias y argumentos que pasamos a analizar. La primera es conseguir, a través de su

---

<sup>139</sup> Silva, Romero Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." Op. cit. Pág. 80-85.

propio Estado, que los Tratados Bilaterales de Inversiones otorguen la mayor amplitud posible al sometimiento de las disputas que surjan de una inversión.

Esto se logra gracias a la “oferta abierta” que los Estados otorgan al momento de suscribir los TBI’s, tema que ya se trató en los capítulos anteriores. Sobre esta garantía abierta, en el caso *Lanco International Inc v. República de Argentina*<sup>140</sup>, el Tribunal expresó:

El consentimiento para arbitrar en el TBI constituía una oferta abierta a los inversores. Esta oferta era aceptada por el inversor al indicar por escrito su elección del arbitraje como forma de resolución de controversias.<sup>141</sup>

Es decir en estos casos el Estado da su consentimiento expreso por adelantado y no puede retractarse una vez surgido el conflicto. Un ejemplo de este tipo de cláusulas se encuentra en los TBI suscritos por Inglaterra con otros Estados:

Cada parte contratante acuerda por el presente someter ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...) cualquier controversia legal resultante entre aquella parte contratante y un ciudadano o empresa de la otra parte contratante, con relación a una inversión de esta última en el territorio de la primera.<sup>142</sup>

Por otro lado encontramos que los inversionistas hacen uso de las llamadas cláusula paraguas de los TBI’s, que consisten en disposiciones donde se obliga al Estado huésped a respetar cualquier acuerdo respecto a inversiones que se encuentre enmarcado en el TBI, elevando incluso cualquier incumplimiento de un contrato de inversión, a un incumplimiento de un tratado, como es el TBI. Sin embargo es necesario decir que en el caso *SGS v. Pakistán*<sup>143</sup>, el Tribunal negó el argumento de SGS que se apoyaba en la cláusula paraguas, ya que consideró que a menos que sea expresamente establecido, la misma no puede ser interpretada como una anulación del principio legal internacional aceptado de manera general, en el que se dice que el incumplimiento de un contrato no constituye por sí solo una violación de la ley internacional.

---

<sup>140</sup> *Lanco International Inc v. República Argentina*. (Caso No ARB/97/6)

<sup>141</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, A. Op. cit. pág. 98-103.

<sup>142</sup> *Ibidem*. pág. 96-97.

Finalmente, los inversionistas combaten técnicas utilizadas frecuentemente por los Estados para objetar la jurisdicción del CIADI o de los tribunales internacionales. Por ejemplo, sostienen que alegar que la autoridad que suscribió el contrato no estaba autorizada, no es razonable sobre la base del principio *pacta sunt servanda*<sup>144</sup>, recogido en el Art. 31, numeral 1 del Convención de Viena.<sup>145</sup>

Como vemos, en la práctica, la discusión sobre la jurisdicción del CIADI no es puramente jurídica, sino que tras de ella, hay razones de políticas y conveniencia para los Estados y para los inversionistas. La falta de claridad de las normas jurídicas aplicables: el propio Convenio, los TBI's, los Contratos de Inversión y las decisiones de los Tribunales Arbitrales, complican aún más el panorama.

Uno de los puntos centrales de estas discusiones es el concepto de inversión y la necesidad o no, de definir de manera clara y categórica este término para conseguir mayor consenso de los tribunales arbitrales. Pasemos a analizar el tema.

#### **IV.2.- Manejo del Concepto de Inversión por las Partes con el Objetivo de Forzar o Evadir la Jurisdicción del CIADI**

Frente al término inversión se ha suscitado una controversia a lo largo de los años respecto a si se debe o no precisar dicho término, debido a que el Convenio del CIADI no ofrece definición

---

<sup>143</sup> *SGS v. Pakistán* (Caso No., ARB/01 13) (Traducción no Oficial).

<sup>144</sup> "La norma *Pacta Sunt Servanda*- implica que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un Tratado en vigor –satisface una necesidad de seguridad jurídica, y ha sido transmitida a través del tiempo como una verdad evidente y universalmente aceptada." Tomado de: Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Decimotercera Edición. Madrid: Tecnos, 1973. pág. 157

<sup>145</sup>La Convención de Viena fue adoptada en mayo de 1969. Sin embargo el Ecuador se adhirió recién a este instrumento internacional en junio de 2003, en virtud del Decreto Ejecutivo 619 expedido por el Presidente de la República y promulgado en el R.O. 134 el 28 de julio de 2003. Instrumento que como bien describe el Dr. Fabián Corral: "contiene el Derecho de los Tratados, esto es la normativa internacional que regula los conceptos, procedimientos, adopción, vigencia, nulidades, obligaciones de los Estados, etc.) (Corral, "Derecho de los Tratados" *El Comercio*. Quito, 22 de julio de 2004, pág. 2).

alguna. Surge una discusión entre aquellos autores que se inclinan por el criterio objetivo y sostienen que se debe delimitar dicho concepto. Mientras que hay otros autores que apoyan el criterio consensual y consideran que se debe dejar a las partes que definan o no inversión. Con el objetivo de tener mayor precisión sobre estas dos posiciones, se ha considerado importante detenerse en los argumentos de cada una de ellas.

#### **IV.2.1- Criterio Consensual**

El conflicto suscitado respecto a la noción de inversión nace desde el momento en que se preparaban los borradores del Convenio del CIADI, en 1964. Entre las diversas discusiones, Mr. Broches, en ese entonces Consejero General del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo conocido por sus siglas en inglés como IBRD, consideró, entre otras cosas, que no era necesario definir el término inversión ya que esa debía ser una decisión consensual de las partes.<sup>146</sup>

Por otro lado, Broches también estableció que resultaría inconveniente definir el término inversión, ya que esto podría reducir el campo de jurisdicción del CIADI sometiéndole estrictamente a ser competente a los términos que se encontraran recogidos en dicho concepto.<sup>147</sup>

Por último se dijo en el borrador preliminar del Convenio, que el hecho de delimitar el propio artículo relacionado a la jurisdicción del Centro, estableciendo que la disputa debía surgir de una inversión y que su naturaleza debía ser legal, limitaba el concepto y desechaba la posibilidad de que la disputa fuera política, económica o netamente comercial. Con estas restricciones puestas

---

<sup>146</sup> History of the ICSID Convention. Volumen II-1 Washington: ICSID Publication, 1968(original) and reprinted in 2001." Pág. 22. (Traducción no Oficial).

por el propio Convenio, se creyó otorgar a las partes libertad para determinar en cada caso que conflictos querían o podían someter a la jurisdicción del Centro. Argumentaban que el hecho de incluir una definición más concreta sobre inversión, conduciría a mayores controversias frente a la aplicación del Convenio en ciertas situaciones especiales, debilitando el objetivo primordial de este artículo que era dar confianza de que el compromiso de haber recurrido al arbitraje o a la conciliación, se llevaría a cabo.<sup>148</sup>

Los Directores Ejecutivos consideraron dos causas por las que no se debía definir inversión:

- 1.- Por un lado, porque debe primar uno de los requisitos fundamentales del arbitraje internacional, como es el consentimiento de las partes;
- 2.- Y por otro lado, porque permite que sean los propios Estados quienes delimiten las clases de diferencias que se pueden o no someter a la jurisdicción como lo estipula el Art. 25, numeral 4 del Convenio.<sup>149</sup>

Autores como Delaume consideran que el propósito de no dar una definición a la palabra “inversión” se debe principalmente a dos razones:

- 1.- Porque resulta vano o insostenible por la diferencia de criterios que existe entre un Estado y otro.
- 2.- Porque al ser el acceso al CIADI una opción voluntaria, son las partes las que mejor puede reconocer específicamente la calidad de inversión.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> *Ibidem*. pág. 54. (Traducción no Oficial).

<sup>148</sup> History of the ICSID Convention. Op. Cit. pág. 17-18. (Traducción no Oficial).

<sup>149</sup> Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estados. Op. cit. pág. 44.

<sup>150</sup> Delaume, Georges. Experience with ICSID. En: AKSEN, Gerold & Robert B. Von Mehren, *International Arbitration between Private Parties and Governments*, Comparative Law and Practice Course Handbook Series, No. 399, U.S.A., 1982 pág. 230. Tomado de Cantuarias Salaverry, Fernando. Op. Cit.



La decisión del Convenio de no definir inversión, sostienen algunos tratadistas, se debe a que este concepto debe adecuarse a las diferentes exigencias que se imponen día a día. De tal manera que evolucione paralelamente a las actividades realizadas por los inversionistas dentro de los Estados extranjeros. Así, en un comienzo, explica Delaume, la inversión extranjera se caracterizaba por ser directa y consistía entre otras cosas en las concesiones, joint ventures y préstamos internacionales. Sin embargo a medida que pasaron los años, las inversiones se transformaron en acoplamientos a nuevas participaciones de carácter indirecto, como es la transferencia de know-how, leasing internacional, contratos de servicios, entre otros.<sup>151</sup>

#### **IV.2.2.-Criterio Objetivo**

Por el contrario, existen autores que sostienen que es necesario definir el concepto de inversión ya que conceptualizar en términos amplios, como consta en la mayoría de TBI's,<sup>152</sup> conduce a fallos contradictorios dentro de los propios tribunales del CIADI, respecto a considerarse competentes o no para el caso presentado.

Ghanem, durante la elaboración del Convenio consideró que era importante clarificar el concepto de inversión en función de la forma en la que era aplicada por los inversores y los Estados, antes de incorporarla a un instrumento legal. Estableció que una definición de inversión adecuada para incorporar dentro del Convenio sería:

Para los propósitos de este Convenio, "inversión" debe ser entendida como el depósito de capital por parte del inversor dentro del territorio de otro Estado Contratante sobre la base de un acuerdo establecido entre el Estado y el inversor, en relación con un proceso especial para el cual ninguna provisión es generalmente hecha en los contratos concluidos por los Estados.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> Ver ANEXO # VI

<sup>153</sup> *History of the ICSID Convention.* Volume II- Washington: ICSID Publication, 1968(original) and reprinted in 2001." Pág. 492. (Traducción no Oficial).

Lovold, consideró que pese a que resultaba difícil definir el término inversión como se había demostrado en las anteriores sesiones realizadas, dejar el concepto en términos tan abiertos, sin limitación alguna, a su juicio conduciría a controversias respecto a la aplicación del Convenio. Un ejemplo claro, dijo: “el acuerdo tan rápidamente dicho que todo capital transferido constituye una inversión: conduciría a que miles de transacciones realizadas a corto plazo nunca serían consideradas dentro de los términos acordados en el borrador propuesto.”<sup>154</sup>

Por último, Fishawy dijo que el término inversión requería una definición especialmente para los países exportadores de capital, ya que en caso de que un contratante construyera una carretera en el país receptor, entraría la duda de si esta actividad podría ser considerada como inversión, y si la controversia que naciera de dicho contrato pudiese ser considerada dentro de la jurisdicción del Centro.<sup>155</sup>

Sin embargo, luego de un arduo intento de la comisión de la Convención por delimitar este concepto, se llegó a la conclusión que todas las definiciones eran vagas e imprecisas y que por lo tanto era mejor dejar en manos de las partes esta delimitación. Broches consideraba que la mayoría de definiciones presentadas por los delegados de los países, mostraban las inclinaciones que cada país tenía sobre lo que consideraba que debía someterse al Centro. El Reporte de los Directores Ejecutivos dijo:

Ningún intento fue realizado por definir el término inversión, dados los elementos esenciales de consenso por las partes, y el mecanismo a través de los cuales los Estados Contratantes pueden de manera anticipada, hacer conocer que consideran someter al Centro (Art. 25.4).<sup>156</sup>

Es importante recalcar que la tesis del Estado Ecuatoriano se inclina por este criterio objetivo, sosteniendo que:

---

<sup>154</sup> *Ibidem*. pág. 450. (Traducción no Oficial).

<sup>155</sup> *Ibidem*. pág. 499-500. (Traducción no Oficial).

El término inversión tiene, en el Art. 25 del Convenio CIADI, un significado objetivo, que debe ser respetado cuando, de establecer la jurisdicción del CIADI, se trata. Además consideran que si bien es cierto que la jurisprudencia, ante la ausencia de una definición, se ha inclinado por dar al término inversión una interpretación extensiva, sin embargo piensan que por más amplia que sea la extensión, no puede llegar al extremo de forzar el sentido o de exceder el razonable ámbito significativo del propio término.<sup>157</sup>

### **IV.3.- Análisis del Concepto de Inversión por parte de los Tribunales del**

#### **Centro**

Los tribunales del CIADI se han visto ante la problemática de resolver en cada caso si existe o no inversión, con el objetivo de poder declararse competentes para resolver el mismo. Esto se debe, como se ha explicado anteriormente, a la falta de una definición dentro del Convenio, por lo cual los tribunales tienen una tarea más difícil, considerando que deben fundamentar su decisión en criterios objetivos que permitan marcar precedentes para futuros casos a resolver.

El concepto de inversión tiene un alcance amplio dentro de los márgenes del CIADI, siendo los propios Estados quienes delimitan este campo, generalmente a través de los TBI's. Sin embargo, se ha considerado de manera general a la inversión, como:

A la casi totalidad de transacciones internacionales conocidas, aunque necesariamente escapan del conocimiento de esta institución, disputas puramente políticas, económicas y comerciales, como, por ejemplo, la simple venta de bienes.<sup>158</sup>

En el caso de Ecuador los TBI's ratificados por éste, conservan el mismo lineamiento en la definición de inversión. Todos mantienen una dilucidación abierta de "inversión" encontrando frases como: "comprende toda clase de bienes, en especial...", "incluye en particular, pero no

---

<sup>156</sup>Schreuer, Christoph. Op. Cit. pág. 355-358. (Traducción no Oficial).

<sup>157</sup> Dr. Alberto Wray y Dr. Ernesto Albán Ricaurte. Entrevista personal. 5 de octubre de 2005. Abogados que se encuentran actualmente defendiendo al Estado ecuatoriano en el caso MCI Power Group L.C. y New Turbine INC v. República del Ecuador. Caso todavía no resuelto por los Tribunales del CIADI.

<sup>158</sup> United Nations Conference on Trade and Development. Op. cit. pág. 17. Tomado de: *Ibidem*.

exclusivamente...” o finalmente “inversión significa todo tipo de inversión tales como...”, seguido por una lista ejemplificativa de activos, derechos e intereses.<sup>159</sup> Como comenta Dolzer y Stevens:

El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual, ...todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación..., puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBI.<sup>160</sup>

Pese a que los parámetros para calificar inversión son bastante bastos, no podemos desnaturalizar el concepto de inversión. Este criterio ha sido reiterado por la doctrina internacional<sup>161</sup> y recogido en varios fallos del CIADI, donde tanto los tribunales que se declararon competentes como los que desecharon el caso por falta de jurisdicción, reconocen el contenido objetivo del término “inversión”.

El caso más reciente dentro de la jurisprudencia del CIADI es *Baylinder v. Pakistán*. El Tribunal se remite a fallos anteriores del CIADI, donde se analiza si existe una inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI. Así empieza mencionando el caso *Autopista Concesionaria Venezuela v. Venezuela*, donde la disputa surge de la construcción de una autopista. En este último caso el Tribunal dijo: “La construcción de una carretera implica comprometer los recursos trascendentales durante período prolongados, lo cual claramente califica como inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI.”<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Ver ANEXO # VI.

<sup>160</sup> Dolzer & Stevens. “Bilateral Investment Treaty.” La Haya: 1995. pág. 25-31. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op.cit. pág. 84.

<sup>161</sup> “Las cinco características de una inversión que se citan a continuación han sido identificadas y aprobadas en términos similares aunque no idénticos por varios comentaristas y en un laudo reciente: (i) Una inversión tiene una cierta duración; (ii) Una inversión incluye una cierta regularidad de beneficio y rendimiento; (iii) Una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes; (iv) Una inversión normalmente implica un compromiso o aportación substanciales; (v) Una inversión deberá ser importante para el desarrollo del Estado receptor.” Sin embargo esta última característica, como menciona Schreuer, no es un elemento general de todas las inversiones. (Schreuer, Christoph. Op.cit. párr. 119-124. Tomado de: Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. 84-85. (Traducción no Oficial).

Es interesante mencionar que en este último caso el Tribunal dijo, que si bien el espíritu mismo del Convenio no quería dar una definición para este término, y prefirieron otorgar ampliar facultades a las partes para que éstas proporcionaran una definición, esto se debía hacer siempre que los criterios convenidos entre las mismas fueren razonables y no contradijeren los fines del propio Convenio. En referencia a lo anterior, el Tribunal cita las palabras del Consejero Jurídico del Banco Mundial, y la persona quien presidió las reuniones consultivas para el anteproyecto del Convenio, el Dr. Aaron Broches, quien dijo:

Al final, el esfuerzo por divisar una definición generalmente aceptada para el término inversión fue rechazado debido al elemento esencial del consentimiento de las partes. Considero que esta fue una decisión sabia, relacionada por completo con el carácter consensual que tiene el Convenio, que deja un gran margen de discreción para las partes. Sin embargo es importante mencionar, como ya he mencionado en otra ocasión, que esta discreción no puede ser ilimitada y no puede ser ejercitada hasta el punto de ser completamente inconsistente con el propósito del Convenio.<sup>163</sup>

Por otro lado, de igual manera el Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* el Tribunal se remite al caso *Salini Construttori v. Marruecos*<sup>164</sup> donde se consideró que el término inversión presupone ciertos elementos, los cuales son mencionados tanto en el caso *Fedax v. Venezuela* como también en *Joy Mining v. Egipto*<sup>165</sup>. Elementos examinados en los casos antes mencionados, y los cuales se mencionará a continuación:

---

<sup>162</sup> Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29) (Traducción no Oficial.)

<sup>163</sup> *Ibidem*. párr. 101

<sup>164</sup> En este último caso mencionado, el Tribunal determinó que los derechos contractuales del demandante constituían una inversión sobre la base del Art. 25 del Convenio ya que dijo: “una inversión implica aportaciones, una cierta duración del contrato y una participación en los riesgos de la transacción (...) y (...) la aportación al desarrollo económico del Estado receptor.” ( *Salini Construttori v. Marruecos*, parr. 52) Existía una contribución para el Estado receptor, considerando que se había aportado la construcción de una carretera en condiciones adecuadas. Concurría riesgo para el inversionista desde el punto de vista legal en cuanto a los contratos administrativos, donde el Estado Marrueco tenía el poder para dar por finalizando el contrato o modificar el mismo sin ningún tipo de ajuste de precios. (*Salini Construttori v. Marruecos*, parr. 53-58)

<sup>165</sup> El Tribunal en el caso *Joy Mining v. Egipto* dijo: Las partes en una disputa no pueden, por contrato o por tratado, definir como inversión, para efectos de la jurisdicción del CIADI, algo que no satisfaga los requerimientos objetivos del Art. 25 de la Convención. De otra forma el artículo 25 y su sustento en el concepto de inversión, aunque no se haya definido específicamente, se tornarían en una provisión sin sentido. (parr. 50)

### 1.- Cierta Tiempo

El elemento tiempo, como menciona el Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* es justamente el parámetro que permite diferenciar a una inversión de una simple transacción comercial. El

Tribunal en el caso *Fedax v. Venezuela* dijo:

Los préstamos de largo plazo, precisamente contrapuestos a las operaciones comerciales de poca duración, fueron incluidos en el concepto de inversión en los orígenes del Convenio. Esto se puede ver claramente en el primer borrador del Convenio en el que se dice: "Inversión significa cualquier contribución de dinero o de otras acciones de valor económico por un período indefinido o si el período es definido por no menos de cinco años."<sup>166</sup>

### 2.- Aporte substancial del inversor para el Estado Receptor

Esto puede ser en razón del conocimiento, de equipo, de personal o de carácter económico.<sup>167</sup>

### 3.- Riesgo

El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo que el elemento riesgo puede ser medido en función, de que al tratarse de un contrato de largo tiempo, donde el costo total no puede ser establecido con anticipación, se crea un factor de riesgo para el proyecto que se quiere llevar a cabo.<sup>168</sup>

### 4.- Regularidad de Beneficio y Rendimiento del Proyecto llevado a cabo por el Inversor.

En el caso *Joy Mining v. Egipto*, el Tribunal consideró que no existía una regularidad de beneficio y rendimiento considerando que el pago del precio fue hecho en su totalidad en una etapa anterior a la ejecución del proyecto minero.<sup>169</sup>

### 5.- El proyecto debe significar un desarrollo para el Estado Receptor.

Este elemento se encuentra recogido en el preámbulo del Convenio así como en el Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial. Este desarrollo puede ser medido en términos de desarrollo global económico, tecnológico y en general para el desarrollo de una nación, sin

---

<sup>166</sup> *Fedax v. Venezuela*. (Caso No. ARB/ 96/3) parr. 23. (Traducción no Oficial)

<sup>167</sup> *Baylinder v. Pakistán* (Caso No. ARB/ 03/ 29) parr. 131. (Traducción no Oficial.)

<sup>168</sup> *Ibidem*. parr. 136. (Traducción no Oficial.)

<sup>169</sup> *Joy Mining*. (Caso No. ARB/ 03/11) parr. 57. (Traducción no Oficial.)

embargo este debe ser tomado en cuenta en razón de la totalidad del proyecto y no de una simple fracción del mismo.<sup>170</sup>

En cuanto a la extensión de estos parámetros, como bien mencionan los Tribunales, estos deberán ser analizados dependiendo de cada caso en concreto.<sup>171</sup> El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo: “Estos elementos pueden ser muy relacionados entre ellos, y deben ser examinados en su totalidad, y normalmente dependerán de las circunstancias de cada caso.”<sup>172</sup>

El análisis sobre los fallos de los Tribunales del CIADI respecto al término inversión muestra claramente la tendencia por considerar que pese a no existir una definición contemplada en el marco del Convenio, y dejar que sean las partes las que delimiten el concepto dentro de los TBI's en el marco lo más ampliamente posible, no se puede negar que dicho término evidentemente tenga un contenido objetivo establecido bajo el Art. 25 del Convenio, delimitado por ciertos parámetros que permiten caracterizar a una inversión de manera general.

---

<sup>170</sup> El Tribunal dijo: “El total del precio y las garantías bancarias es relativamente substancial, y es probablemente una contribución para el desarrollo de la operación minera, sin embargo representa tan solo un pequeño porcentaje de la totalidad del proyecto.” (*Joy Mining v. Egipto*. Parr. 57)

<sup>171</sup> *Joy Mining v. Egipto*. (Caso No. ARB/ 03/11) parr. 53. (Traducción no Oficial.)

<sup>172</sup> *Baylinder v. Pakistán*. (Caso No. ARB/ 03/ 29) parr.130. (Traducción no Oficial.)

## CAPITULO V

### APLICACIÓN DE LA JURISDICCION DEL CIADI DENTRO DEL CONTEXTO SOCIO-POLITICO ECUATORIANO

En el Ecuador el arbitraje resulta ser todavía un mecanismo de solución de disputas poco conocido e inexplorado tanto en la teoría como en la práctica. Esta hostilidad frente al arbitraje en parte se debe al reflejo de la corrupción e ineficacia que se vive dentro de la justicia ordinaria de nuestro país. Por otro lado la falta de conocimiento sobre el arbitraje ha llevado a creer que este mecanismo es inadecuado para las partes, considerando que se las somete a una normativa extraña de la cual poco conocen.<sup>173</sup>

No podemos negar sin embargo que el Ecuador es parte de una comunidad internacional que demanda garantía y protección para los mismos ecuatorianos y también para personas y entidades internacionales, públicas y privadas, que mantienen relaciones con nuestro país. Como un mecanismo de seguridad para los inversionistas, el Ecuador a suscrito Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones con otras Naciones.<sup>174</sup> Dichos tratados contienen normas que establecen las condiciones de protección mínima para aquellos nacionales de otros países que deciden invertir en Ecuador. Una de esas garantías es que las disputas que puedan surgir de sus inversiones sean conocidas y resueltas por tribunales arbitrales independientes.

De la misma manera como se explicó en el Capítulo I, el Ecuador es parte de otros pactos internacionales como, la Convención de Montevideo de 1979, la Convención sobre Derecho

---

<sup>173</sup> Así es interesante comparar que de los 94 casos concluidos, publicados en la página web del CIADI: [www.worldbank.org/iscid](http://www.worldbank.org/iscid), solo 1 de ellos ha sido relacionado con el Ecuador, el caso IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador. (Caso No. ARB/02/10).

<sup>174</sup> Ver ANEXO # VI.



Internacional Privado de la Habana en 1928, la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975.

Debemos estar conscientes que el mundo ha cambiado. Actualmente nos encontramos cada día mas relacionados con transacciones efectuadas entre fronteras. Nuestro futuro como nación depende cada vez más en la relación e influencia que mantengamos con el resto de Estados.

El crecimiento económico y el bienestar que busquemos como ecuatorianos se encuentra íntimamente ligado a los mecanismos eficaces y transparentes que ofrezcamos a los inversionistas que vienen con el objetivo de promover de manera efectiva el capital dentro de las fronteras de nuestro país<sup>175</sup>, contribuyendo e incrementando nuestras fuentes productivas y accesos a nuevos mercados.<sup>176</sup>

Dentro del contexto socio- político ecuatoriano, debemos reconocer que los tribunales internos son susceptibles de influencia política y corrupción. Adicionalmente existe una enorme debilidad institucional en el país, muy especialmente en las instituciones a cargo de la administración de justicia. Tanto es así que desde abril hasta finales de diciembre de 2005, el Ecuador no contaba con una Corte Suprema, removida ilegalmente por el Congreso y posteriormente disuelta, también de manera ilegal por el en ese entonces Presidente de la República, el Coronel Lucio Gutiérrez. Esto, desde una óptica internacional conlleva inseguridad e inestabilidad tanto política como jurídica al momento de invertir en el Ecuador.

---

<sup>175</sup> Ley de Promoción y Protección de Inversiones tiene como propósito fundamental fomentar y promover la inversión nacional y extranjera y regular los derechos y obligaciones de los inversionistas, velando por la libertad y el respeto a las garantías constitucionales.

<sup>176</sup>Art. 3 de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones donde: "Se considera de prioridad nacional al comercio exterior y en especial al fomento de las exportaciones e inversiones; g) Impulsar el fortalecimiento y desarrollo de los mecanismos de fomento de las exportaciones e inversiones; h) Promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera, los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen la inversión y faciliten las transacciones externas del País..."

Inmersos en esta inestabilidad jurídica, ofrecer a los inversionistas un foro adecuado para la resolución de las disputas con el país, resulta necesario. El sistema arbitral del CIADI ofrece una alternativa válida que brinda seguridad jurídica<sup>177</sup> e imparcialidad<sup>178</sup> para el inversionista al momento de suscitarse una controversia con el Estado ecuatoriano. Del mismo modo el CIADI ofrece flexibilidad para que las partes de distintas legislaciones, de común acuerdo decidan someter su conflicto a un mecanismo que brinde igualdad de condiciones y oportunidades procesales<sup>179</sup>, decidiendo el lugar, la jurisdicción del tribunal, el idioma, entre otras diversas circunstancias que permitan estructurar el proceso de la manera en que las partes consideren mas adecuada. Cosa que no ocurre siempre dentro de nuestra justicia ordinaria ya que difícilmente se puede hablar de igualdad cuando un extranjero se ve sometido a una legislación foránea. Por último es necesario decir que el CIADI brinda a los inversionistas dentro del Ecuador el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral con carácter de una sentencia firme y ejecutoriada.

Debemos trabajar por ello tanto como ciudadanos y más aún como estudiantes de derecho en fomentar, impartir y difundir las ventajas de los mecanismos de solución de disputas como el arbitraje, y en especial el que ofrece el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones. Empero, se debe empezar por inculcar a los funcionarios judiciales y abogados a

---

<sup>177</sup> Principio de seguridad jurídica se encuentra amparado en el Art. 23, numeral 26 de la Constitución Política del Ecuador.

<sup>178</sup> El principio de neutralidad dentro del arbitraje internacional se encuentra recogido en el Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación el cual dice: "...Toda persona neutral o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero."

<sup>179</sup> El principio de trato igualitario a los extranjeros se recogen tanto en el Art. 13 de la Constitución Política del Ecuador: "Los extranjeros gozarán de los mismo derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley." Como también en el Art. 244, numeral 1 del mismo cuerpo legal en el que se establece: "Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales públicas y privadas recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantiza la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones..."

reconocer al arbitraje internacional como un mecanismo de solución de disputas válido y al mismo tiempo a cumplir con las exigencias que este sistema nos impone.

## **V.1.- Sugerencia Legislativa**

Antes de analizar las exigencias legislativas que el arbitraje internacional relativo a inversiones impone al Estado ecuatoriano, es necesario remitirnos a la legislación nacional e internacional que recoge el concepto de inversión con el objetivo de considerar si éste término, clave para la aplicación del sistema arbitral del CIADI, se encuentra definido lo suficientemente claro como para evitar el surgimiento de controversias al momento de que los Tribunales del CIADI deban resolver sobre su competencia.

En los instrumentos internacionales como los Tratados Bilaterales de Inversiones suscritos por el Ecuador<sup>180</sup> se recoge el concepto de inversión de manera amplia. Vale hacer mención de manera ejemplificativa al TBI suscrito entre Estados Unidos y Ecuador en el que se dice:

Inversión significa todo tipo de inversión tales como la capital social, las deudas y los contratos de servicios y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlado por dichos nacionales o sociedad, y comprende: i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos; iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; iv) La propiedad intelectual que, entre otras, comprende a los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras; los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano; los diseños industriales; las obras de estampado de semiconductores; los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial; y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales; y, v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualquier licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.

La legislación interna ecuatoriana, por otro lado, establece en el Art. 12 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones el concepto de inversión:

Inversión extranjera directa, subregional o neutra, en los términos establecidos en la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a cualquier clase de transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinadas a la producción de bienes y servicios.<sup>181</sup>

Tanto los instrumentos internacionales como nacionales definen el término “inversión” de manera extensa y por ende sujeta a diversas interpretaciones. Inversión viene a ser todo aquello que tenga un valor económico, es decir casi todas las transacciones de capital. La gran discusión que existe en este tema es la conveniencia o no de definir el término inversión y en caso de hacerlo si conviene un concepto muy amplio, como el que encontramos en los TBI y en las legislaciones nacionales o por el contrario un concepto más restringido y concreto. La doctrina y jurisprudencia del CIADI establece ciertos parámetros,<sup>182</sup> que permiten darle un contenido objetivo al término inversión.

### **V.1.2.- Lineamientos del Término “Inversión” en las Leyes Locales.**

La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones<sup>183</sup> tiene como principal objetivo promover y fomentar la inversión tanto nacional como extranjera, protegiendo los derechos y las obligaciones de los inversionistas. De igual manera esta ley recoge una obligación para el Estado ecuatoriano de velar por el correcto desenvolvimiento de las inversiones, promoviendo la libertad y las garantías constitucionales.

---

<sup>180</sup> Ver ANEXO # VI

<sup>181</sup> Art. 12 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones.

<sup>182</sup> El Art. 38, literal d) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia establece entre las fuentes del derecho internacional: “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 59.”

<sup>183</sup> Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, publicada en el Registro Oficial No. 219 de 19 de febrero de 1997

Sin embargo, considero que existe una falencia en la ley antes mencionada, ya que se establece de manera opcional el registro previo de inversiones extranjeras<sup>184</sup> en el Banco Central del Ecuador.<sup>185</sup> Al ser opcional el registro, solamente aquellos inversionistas precavidos tomarán de antemano esta medida cuando ingrese capital al territorio ecuatoriano con el objetivo de evitar cualquier tipo de controversia al momento de que surja una disputa relacionado con la inversión frente al Estado y se quiera someter a la jurisdicción del Centro.

He considerado por ello importante, en virtud de lo que proveen los propios TBI's suscritos por el Ecuador<sup>186</sup>, hacer uso de un mecanismo especial con respecto al establecimiento de "inversiones", con el objetivo de regularizar dentro de nuestra normativa interna, las disposiciones contenidas en los TBI's. De esta forma propongo que el registro en el Banco Central del Ecuador sea impuesto de manera obligatoria por el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca al inversionista en el momento de transferir su capital a las fronteras ecuatorianas. Así tanto el Estado como el inversionista delimitarían las transferencias que se entienden como inversión y se ahorrarían tiempo, dinero y el desgaste que implica para las partes al momento de someter una disputa ante los tribunales del CIADI y considerar si los mismos son competentes o no frente al Art. 25 del Convenio.

---

<sup>184</sup>Art. 13 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones: Las inversiones extranjeras directas, subregionales o neutras, podrán efectuarse en todos los sectores económicos, sin autorización previa del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca o de cualquier otro organismo del Estado, en las mismas condiciones en que puedan hacerse las inversiones de personas naturales o jurídicas ecuatorianas. Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior, a los sectores relacionados con las áreas estratégicas del Estado.

<sup>185</sup> Art. 10 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones: "El Banco Central del Ecuador es el organismo nacional competente para el registro de las inversiones extranjeras, subregionales y neutras..."

<sup>186</sup> Entre los diversos TBI's suscritos por el Ecuador me referiré a dos a manera de ejemplo, con el objetivo de ilustrar como los propios TBI's permiten que las inversiones y sus regulaciones, se adecuen a las legislaciones internas de los Estados Contratantes, de tal forma que se pueda guardar coherencia con el principio de derecho interno y las observancia de los tratados, recogido en el Art. 27 del Convención de Viena de los Tratados. Así el TBI suscrito entre Estados Unidos y Ecuador, en su Art. IX, numeral II, establece: "*El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las Partes prescriba trámites especiales con respecto al establecimiento de inversiones, pero dichos trámites no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos que se enuncian en el presente Tratado.*" De la misma forma el TBI entre Rumania y Ecuador establece en su Art. 7: "*El presente Convenio se aplicará a las*

Para ello propongo:

1.-La modificación del Art. 13 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones estableciendo la obligatoriedad del registro de inversiones en el Banco Central del Ecuador.

2.-En cuanto al registro, considero que el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones conocido como: "COMEXI" debería formular una política nacional de promoción de inversiones donde se establezca de manera concreta los parámetros que permitan identificar claramente lo que el Estado ecuatoriano entiende por inversión, y de esta forma delimitar su campo de accionar.

3.- Los parámetros bajo los que considero se puede delimitar el término "inversión" son los que se explicó en el Capítulo IV, recogidos en la doctrina<sup>187</sup> y en la jurisprudencia del CIADI<sup>188</sup>. Son cinco elementos los que caracterizan a una inversión de manera general:

- a.- Un cierto período de duración;
- b.- Cierta regularidad de beneficio y rendimiento;
- c.- Riesgo
- d.- Aporte substancial económico al Estado huésped;
- e.- Un desarrollo importante para el Estado receptor, aunque esta en especial no es una característica esencial como las anteriores mencionadas.

4.- Deberá ser el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca el ente que se encargue de velar por la ejecución, coordinación, seguimiento y control de esta política nacional<sup>189</sup> al momento de ser registradas en el Banco Central del Ecuador.

---

*inversiones en el territorio de una Parte Contratante efectuadas de conformidad con su legislación, antes o después de la entrada en vigor de este Convenio, por inversionistas de la otra parte Contratante."*

<sup>187</sup> Schreuer, Christoph. Op.cit. pág. 140. y Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. 84-85. (Traducción no Oficial). Es importante decir que el autor establece que estas características no deben ser vistas como requerimientos jurídicos sino como características típicas bajo el marco del Convenio. (Schrerur, pág. 140)

<sup>188</sup> Caso Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/03/11) y Caso Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4), Caso IBM v. República del Ecuador (Caso No. ARB/02/10) Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (Caso No. ARB/00/5.) Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/96,3, 1996).

<sup>189</sup> Art. 6 de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones: "El Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca será el organismo competente encargado de velar por la ejecución de las Políticas Nacionales de Promoción

## CONCLUSIONES

El crecimiento en la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de disputas relativo a inversiones, ha ocasionado una serie de problemas de naturaleza conceptual que compromete de manera especial la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Las partes y los tribunales se enfrentan a un escenario problemático en el que deben discernir entre otras cosas, la existencia de inversión para poder considerar si el CIADI tiene jurisdicción sobre el caso. Esto en parte se debe a que existe una ausencia de definición de dicho término en el Convenio, dejando que sean las partes las que precisen el concepto dentro del marco de los Tratados Bilaterales de Inversiones.

Este trabajo ha consistido principalmente en el estudio de las razones de fondo que llevan a que se suscite actualmente este problema en las decisiones del CIADI, pero al mismo tiempo plantea una posible solución con el fin de minimizar futuras controversias sobre este tema en particular, en las que tenga participación el Estado ecuatoriano.

Gracias a la investigación realizada he podido concluir:

1.- El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias al cual las partes se someten de común acuerdo. La potestad de administrar justicia en un principio radicada en los órganos judiciales internos de los Estados, se desplaza hacia terceros imparciales constituidos en tribunales que resuelven un litigio a través de laudos que tienen carácter de sentencia firme.

2.- Entre las características más importantes del arbitraje se encuentra que es un proceso heterocompositivo, consensual, privado, neutral y, eventualmente, confidencial. Donde se garantiza eficacia, independencia, celeridad e inmediatez.

3.- La naturaleza jurídica del arbitraje es autónoma y compleja. Así si bien el arbitraje nace de un contrato privado entre las partes y adquiere el elemento procesal cuando la ley establece que el árbitro actúe como juez y dicte un laudo; no podemos desconocer que el arbitraje contiene elementos únicos que trascienden del espacio puramente contractual o jurisdiccional.

4.- La resolución de conflictos a través del CIADI resulta beneficiosa tanto para el inversionista como para el Estado. Para el inversionista es un mecanismo, independiente y confiable en el que se asegura que el Estado que se ha sometido al arbitraje no puede luego retractarse. Al mismo tiempo es conveniente para el Estado, como forma de ofrecer un clima de confianza para atraer el flujo de capital en condiciones de imparcialidad y eficiencia. De esta forma encontramos que el fin del CIADI es promover la cooperación internacional en un ámbito de desarrollo económico.

5.- El derecho aplicable dentro del CIADI se concreta principalmente en el Convenio, los TBI's, los principios de derecho internacional como es la autonomía de la voluntad de las partes, la jurisprudencia emitida por los tribunales y la doctrina. El derecho aplicable a cada caso depende de las situaciones específicas de ese caso.

6.- El Art. 25 del Convenio del CIADI establece los requerimientos para establecer la jurisdicción del Centro. Estos requerimientos se pueden resumir en tres clasificaciones: la jurisdicción en razón de la materia, la jurisdicción en razón de la persona y el consentimiento de las partes. Sin



embargo el problema surge cuando los términos expresados a lo largo de estas tres categorías como por ejemplo “inversión”, “naturaleza jurídica”, “nacionalidad del inversor”, entre otros, no se encuentran definidos en el propio Convenio, dejando que sean las partes las que establezcan estos conceptos en otros instrumentos jurídicos como son los TBI’s.

7.- El arbitraje internacional entre los Estados y los inversionistas sigue siendo un tema controversial principalmente debido a que existe una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas y los intereses públicos de los Estados que luchan por mantener su soberanía.

8.- Los Estados, tienen una tendencia a nacionalizar los contratos suscritos con los inversionistas, tratando de mantenerlos dentro de la estela de su soberanía y así evitar ser sometidos a normas internacionales que le resultan en muchas ocasiones desconocidas. Lo anterior se apoya en el criterio que si el contrato fue suscrito en el país huésped las disputas que surjan del mismo deberían someterse a las leyes del país donde se firmó el contrato, tal como ocurre con los nacionales que suscriben contratos con el Estado.

9.- Los Estados con el fin de evitar someterse a la jurisdicción del CIADI al momento de suscitarse la disputa utilizan una serie de técnicas: invocar que el contrato suscrito entre las partes sea doméstico; imponer la obligación de constituir una empresa subsidiaria que tenga la misma nacionalidad del Estado receptor; exigir el previo agotamiento de los recursos internos; exigir el previo consentimiento del Estado receptor una vez que nazca la disputa; utilizar el argumento del interés público y la soberanía; sustentar que no toda violación contractual es una violación al TBI; sostener que no se cumplen con los requisitos del Convenio y en particular que no se cumple con el concepto de inversión.

10.- Los inversionistas al contrario de la posición sostenida por los Estados, tratan de internacionalizar el contrato para que disputa sea resuelta por los tribunales internacionales. Así alegan que en vista de que existen dos legislaciones distintas y muchas veces contrapuestas, es necesario recurrir a la ley internacional para que los conflictos sean resueltos por tribunales imparciales como el CIADI.

11.- De igual manera que los Estados, los inversionistas hacen uso de ciertas técnicas para forzar que el CIADI tenga jurisdicción sobre el caso presentado. Estas estrategias incluyen: tratar de que los TBI's otorguen la mayor amplitud posible en sus disposiciones para el sometimiento al arbitraje internacional gracias a la "oferta abierta" que piden que los Estados den al momento de suscribir dicho tratado; tratar de dar a los conceptos y términos un carácter lo más amplio posible para alcanzar la jurisdicción del CIADI; y hacer uso de la cláusula paraguas para elevar el incumplimiento de un contrato a un incumplimiento de un tratado como el TBI.

12.- Como el Convenio no define el término "inversión" surge una polémica entre dos criterios. Por un lado el criterio consensual con el que se considera que son las partes las que deben definir el concepto de inversión dentro de los TBI's, y por otro lado que el concepto debe ser lo suficientemente amplio para adaptarse a las exigencias que se imponen. Mientras que el criterio objetivo establece que se debe delimitar dicho concepto ya que de lo contrario se tiende a contradecir los fallos emitidos por los tribunales del CIADI.

13.- Mientras el término no esté definido en el Convenio, los Tribunales deben analizar caso por caso si existe o no inversión. Sin embargo el criterio general sostenido por los mismos ha sido considerar que si bien los parámetros para calificar inversión son bastantes amplios no se puede desnaturalizar el término "inversión" y por tanto es necesario que éste tenga un contenido

objetivo según los lineamientos establecidos en el Art. 25 del Convenio. Este criterio ha sido recogido en diversos fallos del CIADI.

14.- Precisamente desde la perspectiva de la situación socio-política del Ecuador, es necesario reconocer que el Ecuador al ser parte de una comunidad internacional debe adecuarse a las exigencias que esto implica. Por ello se debe contar con normas claras y definidas que permitan brindar un terreno de seguridad jurídica para los inversionistas y de esta manera se fomente el flujo de capital que permite el desarrollo y acceso a los mercados externos.

15.- Si bien los instrumentos internacionales y las leyes nacionales ecuatorianas definen “inversión” lo hacen en términos generales lo que se abre puertas para diversas interpretaciones. En general, se considera inversión todo aquello que tenga un valor económico, es decir prácticamente todas las transacciones internacionales.

16.- Sin embargo, no podemos negar que el concepto de inversión tiene un contenido objetivo que debe ser respetado con el fin de evitar que se susciten futuras controversias relativas a la jurisdicción del CIADI.

17.- Por lo que considero, al igual que lo hacen la doctrina y la jurisprudencia reciente del CIADI, que deben existir ciertos parámetros claros para delimitar el término “inversión.” Estos parámetros se resumen en cinco:

- a.- Un cierto período de duración;
- b.- Regularidad de beneficio y rendimiento;
- c.- Riesgo;
- d.- Aporte substancial económico al Estado huésped;

e.- Un desarrollo importante para el Estado receptor, aunque esta última característica no es esencial como las anteriores.

18.- Para llevar a la práctica este criterio, pienso que el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones debería definir el concepto de inversión en base a los cinco parámetros indicados e incluirlo, vía reforma legal, en la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones. De esta manera se clarificará si una transacción realizada dentro del Ecuador es o no considera como inversión.

19.- Del mismo modo considero adecuado que el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca exija estos cinco parámetros para el registro de toda inversión que ingresa al Ecuador en el Banco Central del Ecuador.

Si bien se podría objetar la imperatividad de estas normas por un tribunal arbitral del CIADI, considero que las mismas constituirán un elemento de consideración muy importante que puede facilitar las decisiones del CIADI sobre jurisdicción, al menos, en los casos en los que la República del Ecuador sea parte.

20.- Lo sugerido, de ninguna manera resulta ser una violación a los TBI's, sino por el contrario simplemente trata de regularizar las disposiciones contenidas dentro de estos tratados, al ofrecer una base objetiva al término "inversión.

## BIBLIOGRAFIA:

### LIBROS Y ARTICULOS

#### A) Citados

Caivano Roque J. Arbitraje. Segunda Edición. Buenos Aires: Ad- Hoc, 2000.

Cantuarias Salaverry, Fernando. "Condiciones para Acceder al Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)." Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de Marzo de 2004.

Cremades, Bernardo M y Cairos, David J.A. "La Seguridad Jurídica de las Inversiones Extranjeras: La Protección Contractual y de los Tratados." Revista Internacional de Arbitraje. Junio- Diciembre 2004.

Corral B, Fabián. "El Derecho de los Tratados: La Convención de Viena." El Comercio. Quito, Jueves 22 de julio de 2004.

Diez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Decimotercera Edición. Madrid: Tecnos, 1973.

Frutos- Peterson, Claudia. "El CIADI y los Tratados Bilaterales de Inversiones." Ejemplar entregado en el Seminario Taller de Arbitraje e Inversiones: Cómo Elegir un Sistema Internacional de Resolución y Disputas. Panamá, Mayo 28-30.

Gil Echeverri, Jorge Hernán. Curso Práctico de Arbitraje. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1993.

Gimeno, Sendra V. Derecho Procesal. Tomo I. Vol. I y II. 5ta Edición. Coaut: Almagro Nosetem Cortés Domínguez, Moreno Catena, Valencia, 1990.

Godoy, Federico. "El Caso Argentino: Protección de Inversiones v. Facultades Soberanas." \_  
Revista Internacional de Arbitraje. Enero- Julio 2004.

History of the ICSID Convention. Volume II-1 Washington: ICSID Publication, 1968(original) and  
reprinted in 2001."

Illescas, Javier. "Los Tratados de Protección de Inversiones y su Utilidad para los Inversores  
Españoles en Latinoamérica." Revista Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. España  
No. 5/2003.

Informe Anual del CIADI del 1 de junio de 2002 al 30 de julio de 2003 del Secretario General:  
Antonio R. Parra.

Informe Anual del CIADI del 1 de junio de 2003 al 30 de julio de 2004 del Secretario General:  
Roberto Dañino.

ICSID Reports. Volume 3. United States: University of Cambridge, 1995.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Segunda Edición.  
Colombia: Editorial Legis, 1998.

Moscardó, Morales; y Miguél Vera de Rey. "Ejecución de Laudos Extranjeros y Recursos contra  
los Laudos. Convención de Nueva York. Análisis de la Nueva Ley de Arbitraje Español."  
Ejemplar entregado en de Seminario de Arbitraje de Comercio Internacional. Quito: 11  
de marzo de 2005.

Redfern, Alan., and Martin Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration.  
Third Edition. London: Sweet &Maxwell, 1999.

Reed, Lucy., Jan Paulsson, Nigel Blackaby. Guide to ICSID Arbitration. United States: Kluwer  
Law International, 2004.

Reglero Campos, Fernando L. El Arbitraje: El Convenio Arbitral y las Causas de Nulidad del  
Laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1991.

- Salcedo Verdugo, Ernesto. El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Ecuador: Editorial Jurídica Míguez Mosquera, 2001.
- Sauvant, K and Weber, J. Occasional Note: "International Investment Dispute on the Rise." 29 November 2004. Disponible en: UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2.
- Schreuer, Christoph H. The ICSID Convention: A Commentary. United States: Cambridge University Press, 2001.
- Schreuer, Christoph H. "Foreign Investment Law Journal: Commentary on the ICSID Convention: Article 25." Vol. 11 No. 2. ICSID Review. United States: Fall 1996.
- Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 15/No. 2. Fall 2004
- Tawin, Guido Santiago. "El Arbitraje entre Inversores y los Estados. Tratados Bilaterales: Principales Características y Cuestiones Actuales." Ejemplar entregado en Seminario Arbitraje Comercial Internacional. Quito, 11 de marzo de 2005.
- Vives Chillida, Julio A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Madrid: Mc. Graw Hill, 1998.
- Ymaz Videla, Esteban M. Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, sus efectos en las contrataciones administrativas. Argentina: La Ley, 1997.

## B) Complementarios

- Andrade Cadena, Xavier. "Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana." Ejemplar proveído en el: Seminario de "El Desarrollo del Arbitraje Internacional en el Ecuador y América Latina: Un Repaso". Quito: 9 de septiembre de 2005.

Blackaby, Nigel. "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina." Revista Internacional de Arbitraje. Enero- Julio 2004.

Cremades, Bernardo M. "Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues." Exemplar provided in the Conference on International Commercial Arbitration in Latin America. New York: March 12, 2004.

Dr. Alberto Wray y Dr. Ernesto Albán Ricaurte. Entrevista personal. 5 de octubre de 2005.

ICSID Reports. Volume 2. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

ICSID Reports. Volume 5. United Kingdom: Cambridge University Press, 2002.

ICSID Reports. Volume 8. United Kingdom: Cambridge University Press, 2005.

Mustill, Sir Michael J; and Boyd Stewart C. Commercial Arbitration. Second Edition. London: Butterworths, 1989.

Rooney, John H. "Principales Centros de Arbitraje Internacional Administrado a Nivel Mundial y sus Características." Ejemplar entregado en el Seminario Arbitraje Comercial Internacional. Quito: 11 de marzo de 2005.

Shihata, Ibrahim. "Foreign Investment Law Journal: Recent Developments in ICSID." Vol. 13 No.1. ICSID Review. United States: Spring, 1998.

Shihata, Ibrahim., and Parra, Antonio R. "Foreign Investment Law Journal: The Experience of the International Center for Settlement of Investment Disputes." ICSID Review: Vol.14 No. 2. United States: Fall 1999.



## ARTICULOS DE INTERNET

“About ICSID”. Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>. 2005.

García-Bolívar, Omar E. “Special Report on ICSID Jurisdiction”. Disponible en <http://www.bg-consulting.com>.

“Globalización.” Enciclopedia Wikipedia. La Enciclopedia Libre. 20 de mayo de 2001. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>

“La salida soberana es caducidad del contrato con OXY”. Sonorama: Quito-Ecuador, 27 de septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.sonorama.com.ec>

“¿Qué es el Arbitraje? Disponible en: <http://arbitrator.wipo.int/arbitration/index-es.html>

United Nations Conference on Trade and Development. “Course on Dispute Settlement: International Center for Settlement of Investment Disputes.” Disponible en: [www.unctad.org/en/docs](http://www.unctad.org/en/docs).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD): “International Investment Disputes on the Rise.” 29 November 2004. Disponible en: [unctad/web/ite/iit/2004/2](http://unctad/web/ite/iit/2004/2).

## PRINCIPALES CUERPOS LEGALES CITADOS EN ESTA OBRA:

### A) Leyes

Código Civil del Ecuador. R.O.-S 104 de 20 de noviembre de 1970.

Constitución Política del Ecuador. R.O.11 de agosto de 1998.

Ley de Arbitraje y Mediación. R.O.145 de 4 de septiembre de 1997.

Ley de Protección y Garantía de Inversiones. Ley 46, Registro Oficial 219 de 19 de Diciembre de 1997.

Ley de Comercio Exterior e Inversiones. Suplemento de R.O. No. 82 de 9 de junio de 1997.

## **B) Instrumentos Internacionales**

Convención de Viena de los Tratados. Mayo de 1969.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros “La Convención de Nueva York”. 10 de junio de 1958.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del CIADI. 14 de octubre de 1966.

Decreto 291 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. 21 y 22 de marzo de 1991.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 26 de junio de 1945.

Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenios sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otro Estados. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 18 de marzo de 1965.

Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. 1 de enero de 1968.

Reglamento de Mecanismo Complementario del CIADI. CIADI/ 11/ REV 1. Enero 2003.

Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimiento de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) del CIADI. 1 de enero de 1968.

Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI. 1 de enero de 1968.

Resolución No. 214 adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 10 de septiembre de 1964.

Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Ecuador.

## **JURISPRUDENCIA**

Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire (Caso No. ARB/74/1)

Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea (Caso No. ARB/84/1)

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (Caso No. ARB/81/1)

Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (Caso No. ARB/87/3)

Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela . (Caso No. ARB/00/5).

Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/03/ 29)

Cable Televisión of Nevis Ltd. v St. Kitts and Nevis. (Caso No. ARB/95/2)

CMS Gas Transmisión Company v. República Argentina. (Caso No ARB/01/8)

Fedax N.V. v. República de Venezuela (Caso No. ARB/96,3)

Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (Caso No. ARB/72/1)

IBM World Trade Corporation v. República de Ecuador. (Caso No. ARB/02/10.)

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan (Caso No. ARB/02/2)

Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/ 03/11)

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Caso No. ARB/81/2)

Lanco International Inc v. República Argentina. (Caso No ARB/97/6)

LG&E Energy Corp. Et.al v. República de Argentina. (Caso No. ARB/02/1)

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia (Caso No. ARB/83/2)

Maffezini v. España. (Caso No. ARB/97/7.)

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (Caso No. ARB/84/4)

Metaclad v. México. (Caso No. ARB/ 97/1)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4)}

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (Caso No. ARB/01/13)

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (Soabi) v. State of Senegal (Caso No. ARB 82/ 1)

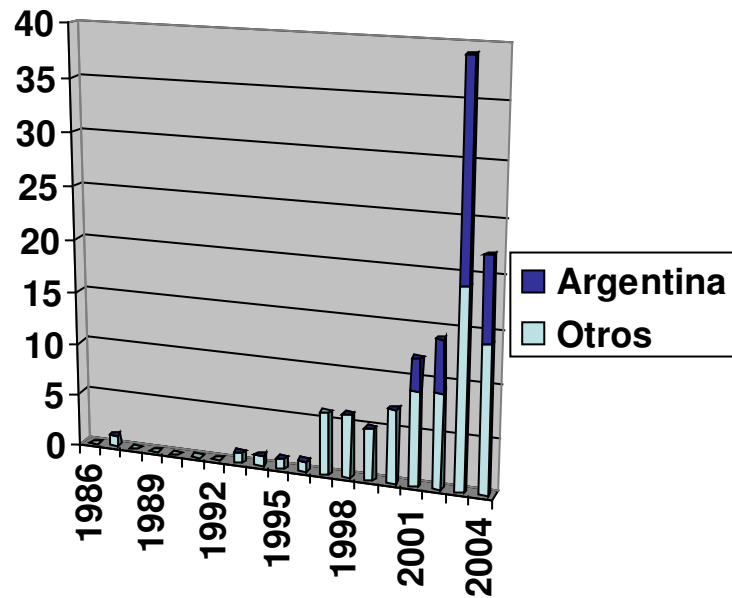
Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Caso No. ARB/84/3)

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (Caso No. ARB/94/2)

## ANEXOS

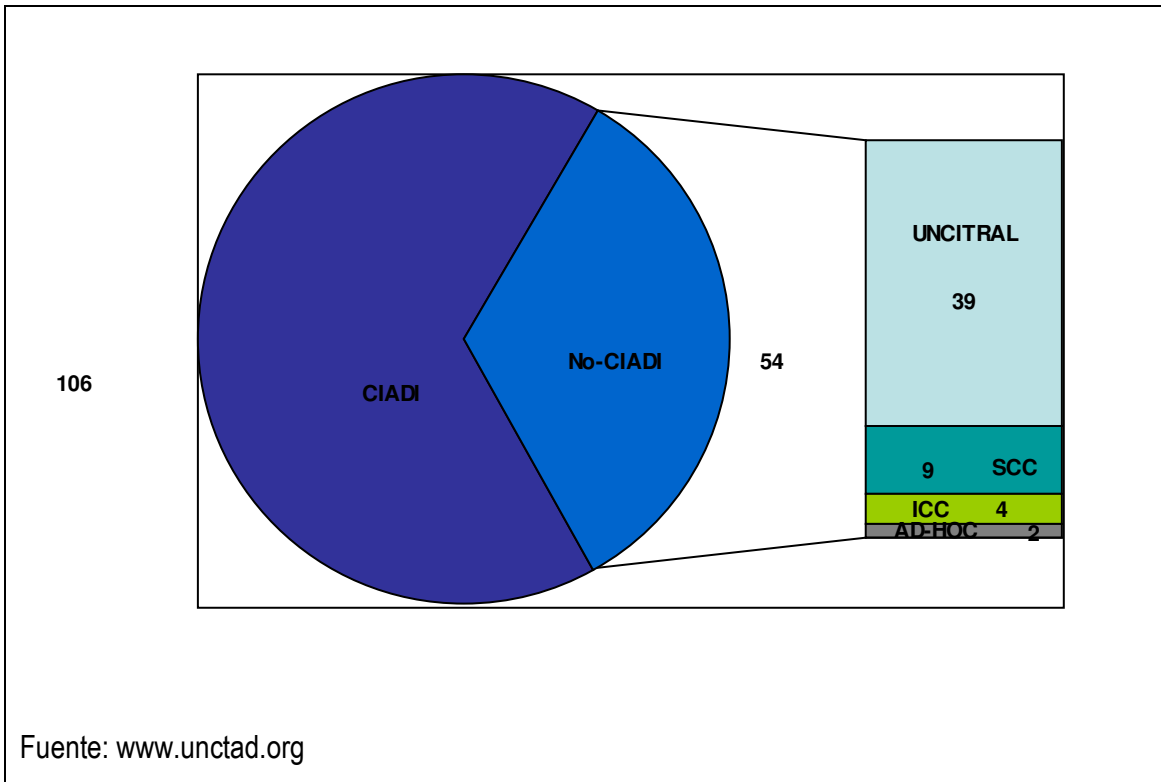
## Anexo 1: Tratado de Arbitraje del CIADI (noviembre 2004)

Número de Casos

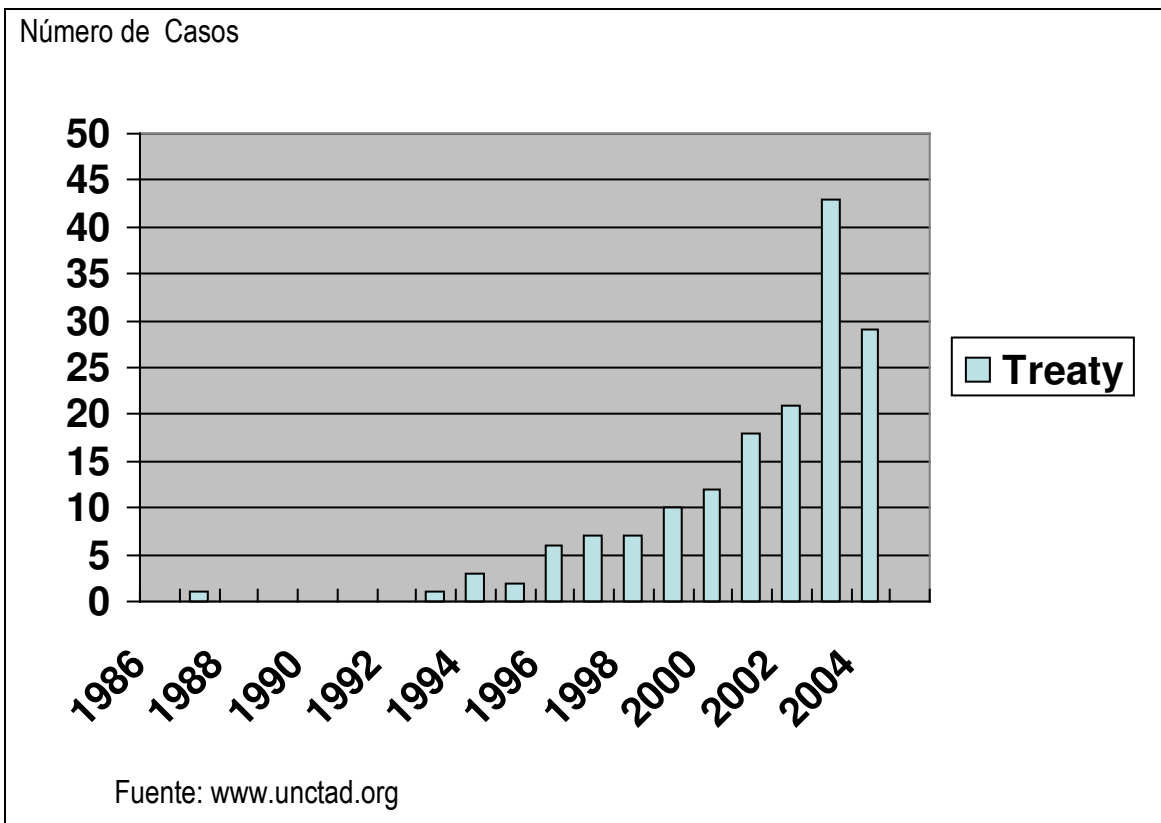


Fuente: [www.unctad.org](http://www.unctad.org)  
a/Argentina desde 2001

## Anexo 2: Controversias Solucionadas por Reglas de Arbitraje



## Anexo 3. Tratado de Arbitraje sobre Inversiones (noviembre 2004)

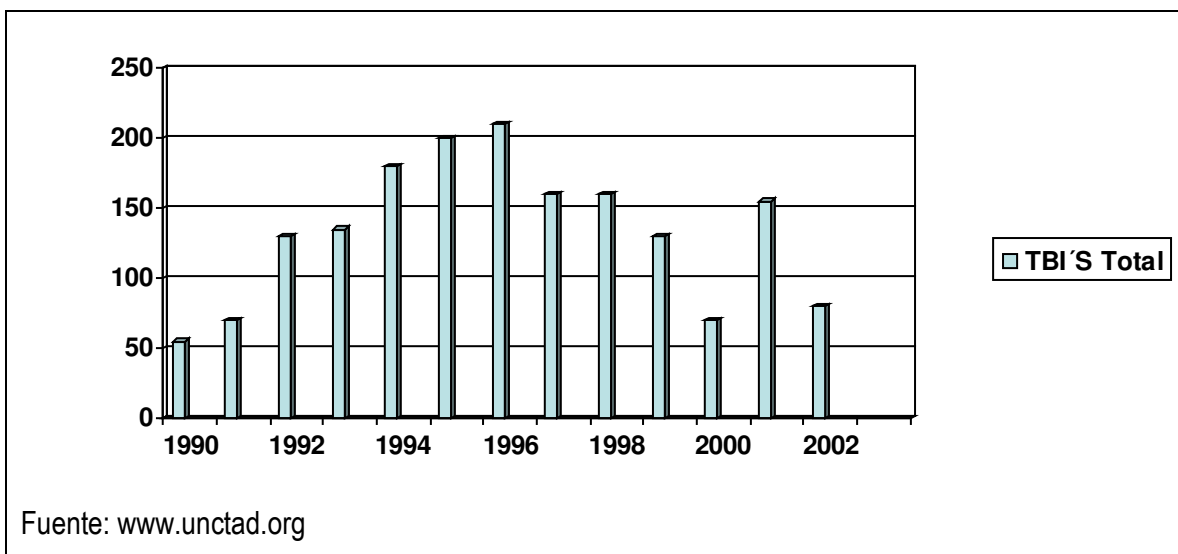


**Anexo # 4: Estados Latinoamericanos Demandados ante el CIADI  
Actualmente (2005)**

<b>Estado Demandado</b>	<b>Cantidad de Casos</b>
<b>Pendientes</b>	
Argentina	35
Estados Unidos Mexicanos	5
Ecuador	3
Chile	2
Bolivia	1
El Salvador	1
Perú	1
Trinidad & Tobago	1
Venezuela	1
<b>Total</b>	<b>51</b>
<b>Fuente: <a href="http://www.worldbank.org/icsid">www.worldbank.org/icsid</a></b>	

\*Sin embargo en base a los casos registrados en la Procuraduría General del Estado en el año 2005, existen cinco casos presentados ante el CIADI en donde se demanda a Ecuador: MCI Power Group L.C, New Turbina INC, EMELEC, Nobel Energy y Repsol.

## Anexo # 5: Evolución del Número de TBI's Suscritos a Nivel Mundial entre 1990 y 2002.



## Anexo #6: Existen 20 TBI's Suscritos por el Ecuador.<sup>190</sup>

A continuación se ilustrará los artículos que tratan sobre el concepto de "Inversión", en 10 de estos TBI's.

I.- Alemania	Art. 1.1: El concepto de "inversión de capital" <b>comprende toda clase de bienes, en especial:</b> a) La propiedad de los bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; b) Derechos de participación en sociedades y otros tipos de participación en sociedades; c) Derechos a fondos que tengan un valor económico) Derechos de propiedad intelectual , en especial derechos de autor, patentes, modelos de utilidad diseños y comerciales, modelos industriales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales, procedimientos tecnológicos, know-how y valor llave; e) Concesiones otorgados por entidades de
--------------	---

<sup>190</sup> TBI's suscritos por el Ecuador: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Inglaterra e Irlanda del Norte, Paraguay, Holanda, Perú, Rumania, Suiza, Suecia, Venezuela.



	<p>derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación; las modificaciones en la forma de inversión en los bienes no afectan a su carácter de inversiones de capital.</p>
<p>II.- Argentina</p>	<p>Art.1.1: El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de ésta última. <b>Incluye en particular, aunque no exclusivamente:</b> a)La propiedad de bienes muebles o inmuebles, así como los demás derecho reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b)Acciones, cuotas societarias y cualquier tipo de participación en sociedades; c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén regulados contraído y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada y directamente vinculados a un inversión específica. d) derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y derechos de llaves; e)Concesiones económicas conferidas por Ley o por contrato y cualquier licencia y permiso conferido conforme a la Ley, incluyendo concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de los recursos naturales. Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversión de acuerdo con el presente Convenio. Este Convenio se aplicará a todas la inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entra en vigor, pero las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a ninguna controversia, reclamos o diferendo que haya surgido con anterioridad a su entrada en vigor.</p>
<p>IV.- Chile</p>	<p>Art.1.1: El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de</p>

	<p>bienes y derechos relacionados con una inversión efectuada por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de ésta última. <b>Incluye en particular, aunque no exclusivamente:</b> a) La propiedad de bienes muebles o inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) Acciones, cuotas societarias y cualquier tipo de participación en sociedades; c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén regulados contraído y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada y directamente vinculados a una inversión específica; d) derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y derechos de llaves y otros derechos similares; e) Concesiones económicas conferidas por Ley o por contrato y cualquier licencia y permiso conferido conforme a la Ley. Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversión de acuerdo con el presente Convenio.</p>
VI.- China	<p>El término "inversión" significa todo tipo de activo invertido por inversionista de una de las Partes Contratantes de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de ésta última, <b>e incluye concretamente, pero sin limitarse a:</b> a) Bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales tales como las prendas e hipotecas; b) Acciones, capitales y cualquier otra clase de participación en compañías; c) Derechos monetarios o cualquier otra clase de obligaciones que tenga un valor económico, d) Derechos de autor, propiedad industrial, conocimientos técnicos y procesos tecnológicos; e) Concesiones legales, incluyendo aquellas para la búsqueda o explotación de recursos naturales.</p>

VII.- España	<p>Por "inversiones" se designa todo tipo de haberes tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, <b>aunque no exclusivamente, los siguientes:</b> a) Acciones y otras formas de participación en sociedades; b) Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todas aquellas préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados; c) Bienes muebles e inmuebles, así como otros derecho reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructo y derechos similares; d) Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y know-how; e) Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgadas por la Ley o en virtud de un contrato, en particular las relaciones con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.</p>
VIII.- Estados Unidos	<p><b>"Inversión" significa todo tipo de inversión</b> tales como la capital social, las deudas y los contratos de servicios y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlado por dichos nacionales o sociedad, y comprende: i) Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones en sociedades o en sus activos; iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; iv) La propiedad intelectual que, entre otras, comprende a los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras; los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano; los diseños industriales; las obras de estampado de semiconductores; los secretos</p>

	<p>comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial; y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales; y, v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualquier licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.</p>
IX.- Suiza	<p>El concepto de “inversión”, “bienes invertidos” o “inversiones de capital” <b>comprende toda clase de haberes y en particular, pero no exclusivamente:</b> i) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales; ii) Participaciones en sociedades de otra clase de participaciones; iii) Reclamos monetarios y de prestaciones que tenga un valor económico; iv) Derechos de autor, derechos de propiedad intelectual, procedimientos técnicos, nombres comerciales y valor comercial; v) Concesiones otorgados por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de exploración y beneficio.</p>
X.- Inglaterra	<p>“Inversión” significa: Cualquier tipo de activo e incluye en concreto, <b>aunque no exclusivamente:</b> i) Bienes muebles e inmuebles sea cualquier otro derecho real tales como hipotecas, gravámenes o prendas; ii) Acciones, títulos u obligaciones de compañías o de intereses el patrimonio de dicha compañías; iii) Derechos a fondos o prestaciones bajo el contrato que tengan un valor financiero; iv) Derechos de propiedad intelectual y crédito de la empresa; v) Concesiones de negocios conferidas por la Ley o bajo el contrato, incluyendo concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales. Un cambio en la forma su carácter de inversión la que se invierten los activos no afecta su carácter de inversión y el término “inversión” incluye todas las inversiones, realizadas ya sea antes o después de las fecha de entrada en vigencia de este Convenio.</p>